

---

A R T Í C U L O S

## ¿LA MUERTE DEL DERECHO?<sup>1</sup>

Los años setenta fueron un excitante e inusual período para la educación jurídica en América. El período estuvo signado por la aparición de dos movimientos ius-filosóficos que llenaron las aulas y las revistas jurídicas con un espíritu y una energía destacables. Hoy todos están hablando sobre teoría. La intención de este artículo, sin embargo, no será celebrar esos desarrollos, sino criticarlos. Quiero observar esos dos movimientos ius-filosóficos con algún detalle, e intentar explicarles, si puedo, por qué y cómo esos movimientos pusieron en peligro las más orgullosas y notables ambiciones del derecho. Mi posición es que a pesar de que los movimientos ius-filosóficos de los setenta electrizaron a la academia, también distorsionaron los objetivos del derecho y pusieron en peligro su propia existencia.

Haciendo esta acusación, no les sorprenderá que uno de los movimientos a los que me refiero sea la escuela crítica del derecho. Me he referido a este movimiento en otras ocasiones, y se ha convertido en el tema de artículos en una amplia variedad de revistas populares<sup>2</sup>.

En los años ochenta todos parecen estar inmersos en la escuela crítica del derecho en un marco cultural e intelectual más extenso

---

<sup>1</sup> Owen M. Fiss es profesor Alexander M. Bickel de Derecho Público de la Universidad de Yale. Este ensayo se basa en la conferencia «Robert S. Stevens Lecture» dictada en la escuela de derecho de la Cornell University, el 9 de abril de 1986. Estoy especialmente agradecido a Anthony Kronman y a los seminarios que dimos juntos, incluyendo el que dio forma a muchas de estas ideas y del que tomé el título de esta conferencia y ensayo. Este fue publicado por primera vez en *72 Cornell Law Review* 1 (1986). Traducido por Gabriel Bouzat. Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, Argentina.

<sup>2</sup> Menand, *Radicalism for Yuppies*, *New Republic*, Mar. 17, 1986, p. 20; Frug, Henry James, *Lee Marvin and the Law*, *N.Y. Times*, Feb. 16, 1986, 7 (Book Review), en la col. 1; Lacayo, *Critical Legal Times at Harvard*, *Time*, Nov. 18, 1985; Trillin, *A Reporter at Large: Harvard Law*, *New Yorker*, Mar. 26, 1984, p. 53.

e intentaré relacionarlo con otro movimiento ius-filosófico que surgió contemporáneamente con ella, el análisis económico del derecho. El éxito de este movimiento no es de la clase que genera artículos en las revistas populares, pero es importante tener en cuenta que surge bruscamente al mismo tiempo que la escuela crítica y hoy está más firmemente atrincherado dentro de la academia jurídica. Dificilmente existe hoy una escuela de derecho importante que no tenga un economista de tiempo completo entre sus miembros; Yale tiene dos, y cinco o seis juristas que han tenido una considerable preparación en economía y que se definen a sí mismos como miembros de la escuela del análisis económico del derecho. A pesar de mi preocupación (no me agradan las purgas de Carrington), la escuela crítica del derecho está virtualmente sin representación entre los profesores de Yale. Muchos de los principales miembros del análisis económico del derecho –Richard Posner, Frank Easterbrook, Ralph Winter, y Robert Bork– han sido designados por el presidente Reagan en la justicia federal, y por consiguiente obtuvieron una cuota de poder que los ubica lejos, mucho más allá de lo alcanzado por cualquier miembro de la escuela crítica del derecho.

Los miembros de la escuela del análisis económico del derecho tienden a tener un mejor comportamiento; su misión concuerda con la tradición académica más que la de los miembros de la escuela crítica. La política de los movimientos tiende también a ser diferente. El análisis económico del derecho es un movimiento de derecha, mientras que la escuela crítica es un movimiento de izquierda. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, y de otras que voy a intentar desarrollar, lo que me impacta como más importante es todo lo que tienen en común. Ambos movimientos pueden ser entendidos como una reacción a una filosofía jurídica, explícitamente aceptada por jueces y abogados en los años sesenta, que veía la aplicación del derecho como un proceso tendiente a la interpretación y el fomento de la moral pública. Tanto el análisis económico del derecho como la escuela crítica se unen en el rechazo a la noción de derecho como un ideal público. Una escuela proclama que el «derecho es eficiencia», la otra que el «derecho es política». Pero ninguna tiene la intención de abordar el derecho en sus propios términos, y aceptar que la aplicación del derecho es un arreglo institucional en el que funcionarios públicos buscan elaborar y proteger los valores que sostenemos en común.

## I

El análisis económico del derecho tiene una dimensión descriptiva y como tal debe ser entendido como una continuación de la tradición científico-social en el derecho que se inició con Roscoe Pound y los realistas. Dicho análisis ofrece un modelo descriptivo del caso jurídico. La hipótesis más importante generada por dicho enfoque sostiene que el derecho es eficiencia, o más específicamente, que en la definición y especificación de los derechos, los jueces deben tender a crear reglas que maximicen la satisfacción total de preferencias. La carrera académica de Richard Posner se desarrolló de un ámbito de decisiones a otro –responsabilidad civil, contratos, derecho de propiedad, etc.– en un esfuerzo por mostrar cómo cada uno de ellos debe ser entendido en esos términos instrumentales<sup>3</sup>. Para Posner el derecho es en términos generales eficiente.

La hipótesis de la eficiencia siempre parece débil. La evidencia ofrecida no ha sido del todo convincente<sup>4</sup>; las excepciones parecen casi tan importantes como lo que se propone como una generalización, y aunque el argumento pueda presentarse de forma tal que una regla particular –ej. la regla del compañero de trabajo– sirva a la eficiencia<sup>5</sup>, también parece posible argumentar lo mismo de la regla contraria. Todavía más importante, ninguna explicación ha sido dada sobre cómo el derecho puede funcionar en la maravillosa forma que plantea Posner<sup>6</sup>. ¿Por qué el derecho va a producir siempre, o generalmente, un resultado eficiente? Un mecanismo explicativo fue necesario para hacer la hipótesis plausible (y así para compensar la insuficiencia del trabajo empírico). Fue necesario también otorgarle a la hipótesis cierta fuerza predictiva y así completar la alta aspiración científica de esta escuela. Posner y sus colegas afirman no sólo que el derecho fue eficiente, sino que lo será.

En una ocasión, en una reunión de trabajo en Yale en los años setenta, Posner fue apremiado en este punto. Se le preguntó cómo

---

<sup>3</sup> R. Posner: *Economic Analysis of Law* (1972). Una segunda edición fue publicada en 1977 y una tercera en 1986.

<sup>4</sup> En un análisis completo, la hipótesis «el derecho es eficiente» no puede mantenerse ni en aquel ámbito en la que parece plausible. Ver, M. Trebilcock: *The Common Law of Restraint to Trade: A Legal and Economic Analysis* (1986).

<sup>5</sup> Posner: *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud; 29 (1972).

<sup>6</sup> Priest: *The New Scientism in Legal Scholarship: A Comment on Clark and Posner*, 90 Yale L.J. 1284, 1291-92 (1981).

un cuerpo de decisiones puede ser entendido como un instrumento para maximizar la satisfacción total de preferencias cuando los jueces responsables de esas decisiones no estaban entrenados en economía, no justificaban sus fallos en esos términos, y no daban mayor evidencia de que siquiera pensarán acerca de esas cuestiones. De hecho, parecía que los jueces pensarán acerca de todo menos de maximización. Posner respondió describiendo el trabajo de un colega que intentó explicar la conducta de las ratas en términos de maximizar sus satisfacciones. Lo que era indicativo, insistía Posner, era que las ratas se comportaban «como si» la maximización de sus satisfacciones fuera su objetivo, y no era importante para la validez de tal explicación que las ratas efectivamente pensarán acerca de dicha maximización, economía, o cualquier otra cosa que reproduzca esos efectos.

La analogía no sólo le pareció a muchos tirada de los pelos, sino llanamente insultante, pero el punto teórico general sostenido por Posner fue aceptado. Las explicaciones «como si» pueden tener validez predictiva y no requieren auto-conciencia ni ninguna clase de conciencia. Es posible sostener que los jueces están actuando «como si» estuvieran tratando de maximizar la satisfacción de preferencias, aunque pueda ser cierto que nunca pensarán en esos términos. Las explicaciones «como si» requieren, sin embargo, la identificación de alguna dinámica (por ejemplo, una estructura de incentivos) que pueda explicar la conducta en cuestión y hacer plausibles las hipótesis empíricas, o al menos creíbles. En el caso de las ratas estaba el queso; para los jueces no había explicación de por qué debían comportarse «como si» estuvieran maximizando la satisfacción total de preferencias. Ninguna razón fue dada acerca de por qué no debemos creer en la justificación que los jueces ofrecen de su conducta.

Posteriormente, Posner se desvía de las explicaciones «como si», hacia lo que pueden ser llamadas «explicaciones razonables»: de acuerdo a su teoría, el diseño de reglas para la maximización de la satisfacción de preferencias es la única cosa razonable que pueden hacer los jueces. Posner propone dos clases de normas –aquellas que maximizan y aquellas que distribuyen– y después agrega que los tribunales no pueden redistribuir correctamente, cosa que sí pueden hacer las legislaturas. Bajo estas circunstancias, lo único razonable que un tribunal puede hacer es promulgar reglas que maximicen la satisfacción total de preferencias, y para esta tarea sí son eficientes. Como afirma Posner, «los tribunales pueden hacer muy poco para modificar la distribución de la riqueza en una sociedad, entonces puede ser razonable que se concentren en lo que pueden hacer, que es establecer reglas que

maximicen el tamaño de la torta económica, y dejar que el problema de su partición sea manejado por la legislatura con sus más grandes poderes de imposición y gasto»<sup>7</sup>. Este párrafo proviene de un artículo escrito por Posner después de ser designado juez, y en ese sentido tiene un cierto valor auto-biográfico. En un trabajo anterior, ofreció una teoría similar para explicar la conducta de los litigantes. Es probable que ellos luchen por reglas eficientes en los tribunales, afirma Posner, porque eso es lo único razonable que pueden hacer: haciendo eso incrementan la riqueza de la sociedad; obtendrán una parte de ese incremento de riqueza; y no hay norma alternativa que pueda redituvar una ventaja mayor»<sup>8</sup>.

Todos y cada uno de los pasos de este razonamiento son refutables –la división en dos clases de las reglas hecha por los jueces (y sólo dos), la distribución de competencias entre varias instituciones, la presunción de que todos hacemos lo que es «razonable», etc–. En una de sus apreciaciones minimizadoras más notables de su larga y distinguida carrera, Posner dijo, acerca de su propio esfuerzo para proveer la explicación requerida, que «algunos de los eslabones de la cadena permanecen oscuros»<sup>9</sup>. Para nuestro propósito, sin embargo, lo que debe ser recalado es que la teoría de las «explicaciones razonables» nunca será suficiente para un cuidadoso positivista, especialmente un economista. Las teorías científicas no se construyen sobre afirmaciones acerca de lo que es «razonable» o «racional» que alguien haga, sino que requieren una identificación o descripción de aquellos datos observables del ámbito en cuestión que sistemáticamente guían a la gente a comportarse de la manera en que lo hacen (a pesar de lo que dicen acerca de sus creencias o cualquier otra cosa). Ello, Posner y sus colegas nunca lo proveyeron.

La teoría de las «explicaciones razonables» falla en suplantar los movimientos explicativos necesarios para darle a la hipótesis de que el «derecho es eficiente» validez predictiva, o aún credibilidad descriptiva. En ese sentido, no nos lleva más lejos que lo que hizo la explicación de Posner acerca de la conducta de las ratas y las explicaciones «como si». La teoría de las «explicaciones razonables», sin embargo, mejora nuestra comprensión del análisis económico del derecho en general, porque hace muy claro que la hipótesis de la eficiencia se apoya ampliamente en

---

<sup>7</sup> Posner: *Wealth Maximization and Judicial Decision-Making*, 4 Int’L Rev. L & Econ. 131, 132 (1984).

<sup>8</sup> Posner: *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 Hofstra L. Rev. 487, 505 (1980).

<sup>9</sup> *Id.*

presupuestos normativos –esta es la manera como los jueces deben discutir los casos–. Tales presupuestos normativos no pueden, por supuesto, salvar la empresa que se propone ser descriptiva y predictiva –la pretensión de cientificismo debe ser abandonada–, pero estos presupuestos pueden sostenerse por sí solos y, en verdad, han dado nacimiento a lo que puede ser considerado como una segunda rama del análisis económico del derecho, una rama normativa, que de hecho se ha convertido en la predominante.

El objetivo de esta segunda rama, o rama normativa, del análisis económico del derecho no es describir o explicar cómo las decisiones fueron de hecho realizadas ni predecir cómo van a ser hechas, sino, en cambio, servir de guía a esas decisiones. Ella considera los conceptos normativos usados por los jueces –por ej. igualdad o razonabilidad– como un irremediable embrollo de intuiciones y ofrece una estructura analítica para ordenar dichas intuiciones y darles contenido. Esta estructura es el mercado. De acuerdo a esta rama del análisis económico del derecho, los conceptos normativos del derecho deben ser construidos y aplicados de manera tal de hacer al poder Judicial un instrumento para perfeccionar el mercado.

La rama normativa del análisis económico del derecho se apoya en última instancia en una relativización de esos valores. Todos los valores son reducidos a preferencias y se presume que todas las preferencias tienen un igual título para su satisfacción. El conflicto entre vecinos en las típicas cuestiones por molestias (para tomar un ejemplo que es central al análisis económico del derecho y el más simpático para éste) no es un conflicto entre la paz y la recreación, entendidos como valores públicos que deben ser armonizados y ordenados, sino un conflicto entre aquellos que prefieren usar el espacio para la recreación y aquellos que prefieren paz y quietud. No hay manera, por otra parte, de juzgar una preferencia como más valiosa que la otra, así como no hay manera de juzgar la preferencia por un gusto de helado como mejor que otra. Cualquier elección será «arbitraria», o para usar la jerga de esta escuela, una cuestión de «distribución» (lo que significa que las elecciones no dependen de ningún criterio universal aceptado, sino que equivalen a favorecer los intereses de un grupo por sobre los de otro grupo).

Habiendo reducido todos los valores a preferencias, y habiendo establecido que la elección de preferencias es arbitraria, se sigue que las instituciones sociales deben tener un solo propósito y sólo uno, éste es el de maximizar la satisfacción total de preferencias. En las situaciones comunes, la negociación y el

intercambio son presuntamente el mejor medio para lograr tal fin. Los individuos conocen mejor que nadie cuáles son sus preferencias y cuánto valen ellas, y por eso ellos deben ser libres de negociar entre unos y otros para obtener los medios (o las condiciones) para satisfacerlos. Dinero por helado. El intercambio va a tener lugar sólo cuando la situación de las dos partes vaya a mejorar. De esta manera, el libre intercambio entre los individuos los mantiene en la senda del objetivo de maximizar la satisfacción de preferencias.

En las transacciones comerciales comunes, digamos entre un minorista y un cliente, la contribución del intercambio del mercado a la satisfacción de preferencias parece clara y obvia. Lo que el nuevo movimiento de análisis económico del derecho hizo, bajo el liderazgo de Ronald Coase<sup>10</sup>, fue percibir un rol del mercado hasta en contextos no comerciales, como en los casos de molestias entre vecinos. Los deseos de las partes no podían ser totalmente satisfechos porque había un conflicto, o introduciendo algo de la jerga, una «interacción costosa» entre los dos, pero un intercambio debe maximizar el valor total realizable; tanto los clubs deportivos pueden desplazar por compra a los propietarios colindantes (que dejará a ambas partes en mejor situación –uno con el campo, el otro con el dinero–) o la negociación puede darse a la inversa si el valor monetario del propietario de permanecer es mayor que el costo de mudar el club deportivo.

Bajo esta circunstancia, el derecho aparece teniendo dos objetivos. Uno de proveer las condiciones necesarias para una transacción efectiva (delimitando los derechos de propiedad, asegurando el cumplimiento de los contratos, previniendo el fraude, etc.). El derecho es un punto de apoyo indispensable para el mercado. Una segunda misión del derecho surge sólo cuando la negociación se rompe o no es posible, como cuando existe mucha gente involucrada. En esos casos, generalmente descriptos como aquellos en los que hay «costos de transacción», el derecho toma un rol más activo, sirviendo de suplemento más que de punto de apoyo del mercado. El derecho corrige las fallas del mercado. El objetivo del derecho y de su aplicación judicial en particular es remover los obstáculos del intercambio y, si ello no es posible, reproducir los resultados del mercado. El resultado justo es uno que o acerque a las partes para negociar o les dé aproximadamente lo que hubiesen recibido si hubiesen podido negociar.

Para algunos teóricos, mayormente de Chicago, es mejor el rol del derecho como una institución que suplementa y perfecciona

---

<sup>10</sup> Coase: *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960).



el mercado en esa segunda forma, porque ellos asumen que las fallas del mercado (en razón de los altos costos de transacción) son esporádicas y excepcionales. El análisis económico del derecho se convierte meramente en el asistente del *laissez faire*, aunque tal vez con una peculiaridad especial. El derecho no es sólo innecesario, sino que, como enfatizaron Demsetz<sup>11</sup> y otros que han seguido el enfoque esencial de Coase, es también redundante: no importa cómo el caso es decidido, siempre y cuando se mantenga la posibilidad de negociar, y el intercambio entre las partes después del juicio maximice la satisfacción de preferencias y nos lleve más cerca de una eficiente asignación de recursos. En contraste con la escuela de Chicago, hay ciertos teóricos del análisis económico del derecho (originalmente situados en New Haven) que contemplan un papel más grande para el estado y la aplicación judicial del derecho. Ellos ven fallas del mercado casi en todo lugar. Reconocen el poder del paradigma del mercado, en el que todos los valores son relativizados y la máxima satisfacción de preferencias es el fin de todas las instituciones sociales, pero no obstante insisten que la necesidad de instituciones suplementarias es siempre influyente. A través de muy ingeniosos argumentos pueden apoyar tanto el mercado como el estado activista.

La escuela de New Haven está, a mi juicio, más cerca de la verdad que la de Chicago, especialmente si el enfoque cambia de los casos de molestias entre vecinos a los más importantes casos de derecho público de nuestro tiempo. Los «costos de transacción» en los típicos casos de segregación racial son impresionantes. Me parece, sin embargo, que el problema es más profundo y que todos los miembros del análisis económico del derecho —ya sean de New Haven o Chicago— están mal encarrilados. El asunto no es cuantitativo sino cualitativo: no es que el derecho asuma un papel más grande, sino que dicho papel debe ser entendido en términos cualitativamente diferentes. El papel del derecho no es perfeccionar ni suplantar el mercado, sino hacer aquellos juicios que los adherentes al análisis económico del derecho afirman que son «arbitrarios», por ejemplo, una mera cuestión de distribución. El deber del juez no es servir al mercado, sino determinar si éste debe prevalecer.

Esta explicación sobre el derecho refleja las prácticas actuales y la manera de pensar y hablar sobre el derecho. También refleja la propia concepción de los jueces. Los jueces no se ven a sí mismos como instrumentos para la eficiencia, sino más bien como

---

<sup>11</sup> Demsetz: *When Does the Rule of Liability Matter?* 1 J. Legal Stud. 13 (1972).

comprometidos en un proceso tendiente a entender y proteger los valores encarnados en el derecho. Pero recuerden, en este caso la propuesta del análisis económico del derecho es normativa, no descriptiva: como una proposición sobre cual debe ser el propósito del derecho, el principio de la eficiencia no es anulado por la simple (y bien llevada) objeción de que al describir al derecho en términos crudamente instrumentales (como medio para satisfacer preferencias) contradice las actuales prácticas sociales o la propia concepción de los jueces. La propuesta normativa del análisis económico del derecho puede ser anulada sólo desafiando su primera premisa, a saber, aquella que relativiza todos los valores, y no sorprenderá a nadie que me alegra hacer esto también. No creo que todos los valores sean reducibles a preferencias y que todos tengan un igual título a ser satisfechos. Los valores son valores.

Los que propician el análisis económico del derecho nos hacen creer que el típico caso de molestia entre vecinos, o por la misma cuestión un caso como *Brown v. Board of Education*<sup>12</sup>, son simplemente un conflicto sobre preferencias, y que surgen porque las preferencias de todos los involucrados no pueden ser satisfechas completamente. Le asignan al juez la tarea de intentar diseñar un esquema para maximizar la satisfacción de estas preferencias en conflicto. Me parece, sin embargo, que el conflicto que enfrentan los tribunales es de un carácter diferente en todo sentido –no un conflicto que surge de una divergencia de preferencias o gustos, sino un conflicto entre los distintos compromisos morales implícitos en el cuerpo de entendimientos compartidos conocidos como el derecho. Y desde esta perspectiva, la tarea asignada a los jueces no debe ser la de diseñar esquemas para la maximización de preferencias, sino, más bien, darle un sentido y una expresión concreta a los valores a los que el derecho da autoridad. Los jueces deben ordenar, interpretar y establecer un régimen de poder estatal para proteger esos valores<sup>13</sup>. El derecho de la judicatura de dar sentido a nuestros valores públicos no se basa en la experiencia moral de las personas que ocupan las oficinas judiciales, sino en las normas procesales que simultáneamente restringen y liberan a quienes ejercitan el poder judicial

---

<sup>12</sup> 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955). *Brown v. Board of Education* (Estado de Kansas) fue una decisión histórica de la Corte Suprema por la cual se dejó de lado la doctrina de «separados pero iguales» («separate but equal») en materia educativa. Estableció un standard que apuntaba a la integración de los negros y blancos en las escuelas.

<sup>13</sup> Para su mayor elaboración, ver Fiss: *The Supreme Court*, 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979).

—los jueces son aislados del proceso político y se les requiere que se embarquen en una clase especial de diálogo sobre el significado de dichos valores. Este diálogo es arduo y costoso, algunas veces va casi más allá de las posibilidades de cualquiera, pero es una parte esencial del proceso a través del cual la moral evoluciona y mantiene su carácter público.

## II

A semejanza del análisis económico del derecho, la escuela crítica del derecho comienza enfatizando la apertura de los conceptos normativos usados por los jueces. El propósito aquí, sin embargo, no es afirmativo, sino negativo. Los estudiosos de la escuela crítica no intentan superar la incertidumbre —ellos gozan de ella—. Antes que imponer una estructura intelectual sobre todas las intuiciones en conflicto entremezcladas dentro de esos conceptos normativos, los estudiosos de la escuela crítica aceptan como algo dado dicha apertura o (para usar su término favorito) la «indeterminación». Consecuentemente ellos argumentan que no pueden existir criterios para constreñir a los jueces o para determinar cuándo una decisión es correcta como una cuestión de derecho. Para volver al ejemplo del análisis económico del derecho, no existe ninguna base para afirmar que un tipo de uso del espacio sea más razonable que otro; o trasladándonos a los casos de derecho público que son más centrales a la escuela crítica, no existen criterios para afirmar que una interpretación judicial de las cláusulas de igualdad ante la ley o del debido proceso sea más verdadera que otra. El propósito de este ejercicio es negar la pretensión distintiva del derecho como una forma de racionalidad<sup>14</sup>. El derecho no es lo que parece —objetivo y capaz de producir «respuestas correctas»— sino más bien simples políticas con otra apariencia. Los jueces hablan de la manera que lo hacen porque esa es la convención de su profesión y es necesaria para mantener su poder, pero su retórica es toda una farsa.

Los realistas de los años veinte y treinta tenían también el propósito de desmitificar el derecho, e insistían que la pretensión del derecho de ser determinado y objetivo era una farsa, pero su

---

<sup>14</sup> Unger: *The Critical Legal Studies Movement*, 96 Harv. L. Rev. 561 (1983). Para dos colecciones generales de materiales sobre la escuela crítica del derecho ver, *The Politics of Law: A Progressive Critique* (D. Kairys ed. 1982); *Critical Legal Studies Symposium*, 36 *Stad. L. Rev.* 1 (1984).

crítica perseguía liberar al derecho del pasado (en particular, de su compromiso con el *laissez faire*). Su crítica fue un prelude para permitir al derecho convertirse en un instrumento efectivo de una buena «política pública». Hoy existe un esfuerzo del feminismo que también busca desenmascarar el derecho –para mostrar cómo la posición privilegiada del hombre en la profesión jurídica ha tendido a distorsionar el derecho, y cómo los conceptos y principios que suenan neutrales han habitualmente servido como manto del patriarcado. Ellas, como los realistas, están movidas por una visión positiva –si no la libertad, entonces una verdadera y substantiva igualdad– y ellas aprecian cómo el derecho puede ser usado para fomentar dicha visión. Pero esto no es escuela crítica del derecho<sup>15</sup>. Los estudiosos de la escuela crítica se distinguen (casi en todo) de las feministas y de los realistas de una generación más temprana por la pureza de su negativismo. Cuando los estudiosos de la escuela crítica insisten en que «el derecho es política», ellos quieren decir algo muy diferente y más nihilista que los realistas o las feministas. Los estudiosos de la escuela crítica quieren desenmascarar el derecho, pero no para hacerlo un instrumento efectivo para una buena política pública o para la igualdad. El objetivo de su crítica es la crítica. Los estudiosos de la escuela crítica entienden que cualquier estructura normativa creada para suplantar al derecho va a ser susceptible de la misma crítica que usan para atacar al derecho.

Unos pocos han tratado de ir más allá. Ellos intentaron construir un programa afirmativo y explicar en qué se convertiría el derecho una vez que es desenmascarado, pero en cada instante el programa afirmativo ofrecido es más bien vacío y poco atractivo. En verdad, se convierte en otra forma de negativismo. Uno de esos programas ha sido presentado por Duncan Kennedy<sup>16</sup>, generalmente considerado como el Abbie Hoffman del movimiento<sup>17</sup>. El programa de Kennedy contempla una forma particularizada de aplicación del derecho, en la que los jueces observan la totalidad de las circunstancias y simplemente deciden sin la orientación de las reglas y principios (que, por supuesto, van a ser vulnerables a la crítica), pero con un completo entendimiento de su situación histórica y con la voluntad de la

---

<sup>15</sup> En verdad, el profesor Frug se refiere al feminismo como una «fuente» de la escuela crítica. Frug, *idem* nota 1, en 1, col. 2.

<sup>16</sup> Kennedy: *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 Md. L. Rev. 563, 646-49 (1982).

<sup>17</sup> Granetz: *Duncan the Doughnut*, New Republic, Mar. 17, 1986, p. 22.

responsabilidad total por sus decisiones. Otro así llamado programa afirmativo ha sido ofrecido por Roberto Unger, cuyos trabajos me parecen la verdadera inspiración del movimiento<sup>18</sup>. Él nos urge a usar el Poder Judicial como un instrumento de desestabilización –de destrucción de cualquier estructura que exista en ese momento–, no como un medio que nos conduzca más cerca del nirvana (que, dadas las distorsiones de las estructuras sociales existentes, no pueden ser especificadas), sino como una manera de revelar nuestra capacidad para trascender el contexto particular en el que nos encontramos.

La crítica sin una visión de lo que puede reemplazar lo que es destruido me impresiona como algo políticamente no apetecible e irresponsable. Algunos sugieren que estos temores son infundados, afirmando que la aplicación del derecho tiene un lugar en estos así llamados programas afirmativos, y que por primera vez se convertirá en «responsable», «inteligible» y «democrática». Pero esto es sólo un juego de palabras. Yo debería aceptar, por supuesto, la crítica y vivir con las consecuencias políticas de esta crítica, no obstante lo desagradable que pueda ser, si yo pienso, por un momento, que la crítica fue intelectualmente comprometedora. Pero de hecho no lo es. La libertad del juez que es postulada por la escuela crítica del derecho y sirve como su premisa central simplemente no existe. Los conceptos del derecho pueden ser abiertos, en el sentido que uno no puede alcanzar un juicio por simple proceso de deducción, pero eso no es lo que el derecho o la objetividad requiere o, aunque sea, aspire. Lo que es requerido es que los jueces estén limitados en sus juicios, y ciertamente lo están.

Cuando leo un caso como *Brown v. Board of Education*, por ejemplo, lo que veo no es el poder discrecional de los jueces para dar expresión a sus deseos e intereses, sino más bien veo a oficiales públicos cumpliendo con su profesión, limitados en todo momento por las normas y convenciones que definen y constituyen dicha profesión. Hay más para juzgar que simplemente confrontar las meras palabras de la enmienda XIV «ningún Estado deberá... negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la protección igual de la ley». Los jueces comienzan con la historia legislativa de la enmienda y con un cuerpo de fallos que han pugnado por darle sentido al compromiso de la enmienda con la igualdad racial. Guiados por años de entrenamiento y experiencia, leen los fallos anteriores y el sentido en el que el derecho se está moviendo. Ellos consideran el rol del Estado, y el lugar de la educación pública en

---

<sup>18</sup> Unger, *idem* nota 14.

particular, en la vida de la nación y evalúan el impacto de la evidencia desarrollada en el juicio en las prácticas segregativas. También conocen lo que constituye una buena razón para distinguir *Plessy v. Ferguson*<sup>19</sup> o para decidir el caso de una u otra manera. En síntesis, los jueces están disciplinados en el ejercicio de sus poderes. Están atrapados en una red de las llamadas «reglas disciplinarias» que, como una gramática, definen y constituyen la práctica de juzgar y son consideradas obligatorias por la comunidad interpretativa de la que los jueces son parte<sup>20</sup>. Estas reglas disciplinarias proveen estándares para determinar cuándo una decisión es correcta (o incorrecta) y para justificarla (o rechazarla). Ellas limitan, no determinan, el acto de juzgar. Por supuesto, todavía hay lugar para el desacuerdo, como hubo durante toda la historia. Pero el desacuerdo –al menos en modestas proporciones– no es destructivo del derecho. Más bien, es generador del derecho: el desacuerdo es en verdad una parte esencial de cualquier empresa moral cooperativa dentro de una sociedad en cambio.

En este enfoque acerca de la aplicación del derecho reconozco que estoy haciendo una presunción empírica acerca de la riqueza del sistema jurídico en un país como los Estados Unidos. Estoy asumiendo que nuestra cultura jurídica está suficientemente desarrollada y es tan rica como para producir un cuerpo de reglas disciplinarias que limiten a los jueces y provean los estándares para evaluar su trabajo. Esta presunción está, por supuesto, abierta a un desafío fáctico, como cualquier pretensión empírica puede estarlo. En verdad, propuse esta teoría hace unos pocos años, y ahora deseo saber si estoy equivocado en hacer estas presunciones y si estoy orientado más por un deber de ver lo mejor en la vida que por una estricta evaluación de los hechos. Los miembros de la escuela crítica del derecho no están, sin embargo, preparados para disentir conmigo en estos términos (mundanos). Porque su pretensión no es que, como una cuestión fáctica, en algún sistema jurídico en particular, o en algún momento histórico, los jueces no están limitados por el derecho, sino más bien que el derecho, por su naturaleza, nunca puede proveer los límites necesarios para lograr la objetividad. Sus ideas no son que no hay respuestas correctas, sino más bien que nunca puede haber una respuesta

---

<sup>19</sup> 163 U.S. 537 (1896). El fallo *Plessy v. Ferguson* estableció la doctrina, posteriormente rechazada, de «separados pero iguales», como producto de las enmiendas constitucionales posteriores a la Guerra Civil.

<sup>20</sup> Esta idea la trato en mis anteriores trabajos, *Objectivity and Interpretation*, 34 *Stan. L. Rev.* 739 (1982) y *Conventionalism*, 58 *S. Cal. L. Rev.* 177 (1985).

correcta. Para sostener una pretensión tan ambiciosa y extravagante, muchos apelan a la teoría de la «contradicción fundamental» de Duncan Kennedy<sup>21</sup> (aunque algunos, como Flug<sup>22</sup>, y Levinson<sup>23</sup> creen –muy falsamente– que la pista puede ser encontrada en Derrida, Fish, Miller, y otros teóricos de la literatura de la corriente deconstructivista).

De acuerdo a la teoría de Kennedy acerca de la «contradicción fundamental» todos los conceptos normativos están afectados por un conflicto irresoluble. Ellos deconstruyen en dos (o más) fuerzas, impulsos, o deseos, antitéticos y competitivos, como el deseo por otros y el temor por otros. Así afectado por contradicciones, un concepto normativo (o cualquier regla, principio, o estándar generado fuera de él) no puede actuar como un límite frente al juez, porque siempre le proporciona una opción. Éste puede favorecer una antípoda frente a la otra y sin embargo se puede afirmar que está aplicando (honestamente) la regla en cuestión. La «contradicción fundamental» genera una libertad, una opción, y así interpreta todo lo normativo como indeterminado, esto es, incapaz tanto para limitar al juez como para proveer estándares de evaluación. Y crea esta libertad casi como una cuestión de necesidad lógica. No hay nada contingente, limitado, o empírico acerca de la «contradicción fundamental». No es meramente una tensión».

No hay prueba, ni siquiera un argumento, en apoyo de la «contradicción fundamental». Su existencia es simplemente afirmada por el profesor Kennedy en medio de un excesivamente largo análisis del cuadro de contenidos de los «Comentarios» de Blackstone. No estoy ni siquiera seguro si la existencia o validez de la «contradicción fundamental» puede ser probada o demostrada, dado su alcance universal. Funcionando más como un axioma moral, se apoya últimamente en una apelación a la experiencia común. En respuesta, uno siempre puede apelar a diferentes explicaciones de esa misma experiencia y afirmar con igual fervor que las estructuras normativas del derecho no están envueltas en «contradicciones fundamentales». Estoy preparado para hacer justo eso. Más aun, puedo señalar que la apuesta es

---

<sup>21</sup> Kennedy: *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buffalo L. Rev. 205, 211 (1979). Para sus «pensamientos» subsecuentes a esa idea, ver Gabel & Kennedy, Roll Over Beethoven, 36 Stand. L. Rev. 1 (1984).

<sup>22</sup> Frug, idem nota 1, p. 28, col. 1.

<sup>23</sup> Levinson: *Law as Literature*, 60 Tex. L. Rev. 373 (1982). Para una respuesta ver, Fish: *Interpretation and the Pluralist Vision*, 60 Tex. L. Rev. 495 (1982). Ver también Weisberg: *Text into Theory: A Literary Approach to the Constitution*, 20 Ga. L. Rev. (1986).

mayor de lo que parecía al principio. Lo que está en juego cuando uno empieza a desandar el camino de la «contradicción fundamental» no es simplemente el derecho, sino también la moral, o por la misma cuestión, cualquier práctica, disciplina, o institución que apoya o incorpora estructuras normativas. No existe manera de confinar la «contradicción fundamental» sólo al derecho. Todo lo normativo debe incluirse. No puede haber nunca una respuesta correcta en la moral, con la misma certeza como no puede haber nunca una respuesta correcta en el derecho.

Algunos han pretendido lo contrario, y una vez el profesor Michelman –que no es miembro del movimiento, pero obviamente atraído por él– insistió que mientras no debería haber nunca una respuesta correcta en el derecho, podría haber (en verdad debe haber) respuestas correctas en la moral<sup>24</sup>. Esta visión falla en dar cuenta del pleno alcance de la «contradicción fundamental». También parece estar en disputa con las intuiciones comunes. Dado el aparato institucional del derecho, y el entendimiento compartido que liga y anima la profesión, pienso que es mucho más probable que existan respuestas correctas en el derecho antes que en la moral. Por supuesto, la moral no requiere «la compulsión de una regla trascendente», por usar la expresión de Michelman<sup>25</sup>, pero tampoco la requiere el derecho. Sólo requiere un juicio limitado. Una insistencia a favor de lo opuesto, y un intento de describir el derecho en otros términos, como «trascendente», «mecánico», o «unitario», me parece un desesperado pero transparente intento de restringir la crítica de la escuela crítica al derecho e interpretar como creíble una filosofía del derecho que se apoye no en una teoría fantasiosa acerca de la «contradicción fundamental» o cualquier otra cosa, sino en un especial esfuerzo utópico, uno que correctamente aspire a una verdadera y substancial igualdad, pero que falla en acordarle un lugar adecuado a los arreglos institucionales necesarios para convertir ese ideal en realidad.

---

<sup>24</sup> Esto ocurrió en el curso de una discusión de su artículo, *Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World*, en 28 *Nomos: Justification* 71 (J. Pennock & J. Chapman editores 1986).

<sup>25</sup> Michelman: *New Ways of Thinking About Law –Miller v. Jackson–* en *Critique*, en Canadian Institute for Advanced Legal Studies, The Cambridge Lectures, 1985 (por publicarse en 1987).



### III

La escuela crítica del derecho y el análisis económico del derecho difieren en muchos aspectos importantes –sus políticas, la trama de sus argumentos, la definición de su misión educativa, y por supuesto, sus travesuras. Postular que el «derecho es eficiente» es muy diferente a decir que «el derecho es política». Creo, sin embargo, que estos movimientos tienen algo en común, y que lo que comparten es tan importante como sus diferencias. He tratado de mostrar que ambos comienzan por un rechazo del derecho como encarnación de una moral pública y así tienen una línea de base común. La escuela crítica niega que exista tal moral (o, por dicha cuestión, cualquier clase de moral) cuando argumenta que todas nuestras estructuras normativas conllevan una contradicción irresoluble. El análisis económico del derecho acomete también contra la noción de derecho como moral pública, pero no a través de la «contradicción fundamental». Hace esto por medio de la relativización de todos los valores y reclamando para sí lo que Bork, en un gesto que trivializa la iusfilosofía de los años sesenta, llama la «Cláusula de la Igual Gratificación»<sup>26</sup>. Bajo el análisis económico del derecho, la idea de una moral pública una vez más se convierte en insostenible porque los valores son transformados en preferencias y se presume que cada preferencia tiene una pretensión igual para ser satisfecha.

Desde esta perspectiva, no nos sorprende que tanto el análisis económico del derecho como la escuela crítica logren su ascendencia en América dentro del mismo período histórico. Ni es tampoco sorprendente que ese período haya sido los años setenta, un tiempo de diferencia y desacuerdo, en el que el énfasis no estaba puesto en lo que compartimos, nuestros valores e ideales públicos, sino en cómo nos diferenciábamos y qué nos dividía. Aunque en los años sesenta encaramos la Segunda Reconstrucción e intentamos construir la Gran Sociedad, y fuimos atraídos al derecho como un ideal público, en las décadas posteriores nos refugiamos en la política del egoísmo. Todas las cuestiones normativas se convirtieron en subjetivas. La perspectiva de la comprensión y el cuidado de una moral común pareció inútil.

Situar estos dos movimientos ius-filosóficos dentro de un contexto histórico específico nos puede también ayudar a

---

<sup>26</sup> Bork: *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 Ind. L. J. 1, 10 (1971).

entender lo que debe ser hecho. El derecho ha sido amenazado por la desintegración de los valores públicos en la gran sociedad, y su futuro sólo puede ser asegurado por la revisión de esos procesos sociales. Para salvar el derecho, debemos ver más allá del derecho. Nunca vamos a poder ser capaces de responder plenamente al negativismo de la escuela crítica o al crudo instrumentalismo del análisis económico del derecho hasta que un proceso regenerativo tenga lugar, hasta que el amplio proceso social que alimenta y apaña estos movimientos sea revertido. Los argumentos analíticos por completo internos al derecho no nos van a aproximar el objetivo buscado. Debe haber algo más –una creencia en los valores públicos y la voluntad de actuar sobre ellos–.

¿De dónde surgirá dicha creencia? Hablando de una moral pública y de la responsabilidad judicial de darle sentido y expresión a esos valores, me apoyo en una visión histórica recordando los sesenta, y el rol que el derecho jugó en la lucha por la igualdad racial. Pero para la generación nacida después de *Brown v. Board of Education*, después de *Ole Miss*, después de Birmingham, después de Freedom Summer, y puede ser que hasta después de Selma, esta visión no sirve. No es combatida sino sólo tolerada como un curioso y hasta conmovedor recuerdo de un tiempo pasado. En verdad, una nueva causa está cobrando vigor, y parece haber logrado (al menos en New Haven) el ímpetu que una vez obtuvo el movimiento de los derechos humanos. Me estoy refiriendo al movimiento de las mujeres, que parece estar en el umbral de movilizar a una generación entera de estudiantes de derecho. Él demanda un re-examen de los arreglos sociales existentes y ha liberado una notable energía para dicha empresa. Pero para que el feminismo se convierta, como el movimiento de los derechos humanos antes que él, en el instrumento de la regeneración social que el derecho aguarda, nosotros –tanto los mensajeros de la causa como la comunidad criticada– debemos dejar de ver las cuestiones de género como una cuestión de interés individual o grupal, y reconocer la pretensión de igualdad sexual como una expresión de los ideales y valores que tenemos en común.

Más allá de esto, es difícil saber cómo una creencia en los valores públicos puede ser regenerada. Tal proceso de regeneración social depende de circunstancias que están más allá de nuestro control y que son hasta difíciles de imaginar. Me parece, sin embargo, que el derecho por sí solo puede tener un importante rol que jugar en este proceso, porque el derecho aparece como generador de valores públicos tanto como dependiente de ellos.

La Corte del Juez Warren y el proceso transformador que precipitó en la sociedad americana no solamente propuso una creencia en la existencia de valores públicos sino que fue también responsable de ello. *Brown v. Board of Education* asumió que la Constitución incorporó un compromiso con la igualdad racial, y que este valor era tan real y tan importante como para justificar (casi) mover montañas. También generó y alimentó un compromiso que trascendió por mucho al derecho.

Una visión del derecho como fuerza generativa de nuestra vida pública no hace la tarea que enfrentamos más fácil. En verdad, forma parte de la complejidad y magnitud de nuestro dilema, porque sugiere que estamos atrapados en un círculo: el derecho es, lamentablemente, tanto un agente como un objeto. Sin embargo, una comprensión de la fuerza generativa del derecho nos puede hacer claramente conscientes de los peligros implicados por el análisis económico del derecho y por la escuela crítica, y así, fortalecer nuestra decisión de resistirlos. Necesitamos la moral pública para tener derecho, verdad, pero más aún, necesitamos del derecho para tener una moral pública. Por supuesto, el derecho existirá a pesar de que los dos movimientos de los que estuve hablando resulten victoriosos, en el sentido limitado de que habrá gente que use togas negras y falle los casos, pero será una clase muy diferente de derecho. Para (el juez) Kennedy, la aplicación de la ley va a ser enteramente particularizada; para el juez Posner totalmente instrumental. En ningún caso será capaz de sostener o generar una moral pública. Será derecho sin inspiración. Esto va a significar la muerte del derecho, como lo hemos conocido a lo largo de la historia, y como lo comenzamos a admirar.

**DOXA-10 (1991)**

