像法律人一樣思考

SHARPENING THE LEGAL MIND

How to Think Like a Lawyer

法學院長寫給年輕人的法學思辨與論理方法

威廉・包沃斯 — 著

WILLIAM POWERS JR.

譯 — 高忠義

王皇玉 台灣大學法學院院長

侯岳宏 台北大學法學院院長

許政賢 政治大學法學院院長

專文推薦



Tabla de contenido

Recomendación: Llevar el pensamiento jurídico a un nivel superior
Recomendación: Mejorar la comprensión del derecho por parte de la sociedad
Recomendación: Diferencias y similitudes en el razonamiento jurídico
Prefacio del editor
Capítulo 1: Espero recuperar mi viejo cerebro
Capítulo 2: El misterio de la cueva
Capítulo III Características del Derecho
Capítulo 4 Derecho y moral: positivismo y derecho natural
Capítulo 5: Escuelas de pensamiento: de la Revolución estadounidense a la Segunda Guerra Mundial
Capítulo 6: Escuelas de pensamiento: La escuela procesal jurídica a mediados del siglo XX
Capítulo 7 Dos teorías morales
Capítulo 8 Diversas escuelas de pensamiento: estudios jurídicos críticos y teoría jurídica posmoderna
Capítulo 9: Metodología pluralista

《像法律人一樣思考》這本書對於未來想去美國繼續深造的法律系學生而言，有點像思想的百寶箱，也是作者對美國法律思想與各種判決的反思精粹，讀了之後，可以讓美國留學日子好過一點！至於大一法律新鮮人，我也推薦可以花時間念念本書，比較一下美式法律教育與台灣法律教育之不同。對於喜歡法哲學思辨的人而言，我更是大推，因為本書對各個法哲學大師理論的詮釋，更是精闢入裡，具有推進思想更上一層樓的作用！

——台灣大學法學院院長 王皇玉

本書從「洞穴奇案」這個虛構案件出發，介紹諸位法官的意見書，再從這些意見整理出可以說代表美國最具影響力的三個法學派別：法形式論、法唯實論與法程序學派。從具體案件中引導讀者瞭解法律人的思考後，又進一步對於實證論與自然法、美國各種思想學派進行詳細介紹。內容中，也透過介紹具體案件，引發讀者興趣與思考，用深入淺出的方式，讓讀者瞭解法律人共同的詮釋文化、解釋方法與思考方式。

——台北大學法學院院長 侯岳宏

本書為一位法學家嘔心瀝血的結晶及寶貴遺產，作者基於對法學教育的熱情，針對法律論理的重要議題，運用深邃的法理學功力，將專業、艱澀的術語，以通俗、淺顯的敘事風格，帶領讀者進行一趟知性之旅，加上譯文通達、流暢，導讀過程令人賞心悅目、獲益良多！尤其作者以深厚的人文素養，結合文學、史學及哲學的豐富知識，兼及科學哲學的嶄新觀點，除飽覽西方思想文化的精髓外，亦展現法學與探索關於人類知識的關係，許多觀點對於法律人深具啟示。

——政治大學法學院院長 許政賢

Recomendación:

Llevar el pensamiento jurídico a un nivel superior

Wang Huangyu

Cuando vi este libro por primera vez, dudé mucho sobre si asumir la tarea de escribir el prólogo. Hay muchas razones para dudar. En primer lugar, se trata de un manuscrito muy sustancial escrito por un profesor con profundos conocimientos jurídicos. Su contenido es filosofía jurídica. Después de leer el primer capítulo, le dije al editor que este es un libro "muy difícil". Incluso un profesor de derecho como yo no pude evitar detenerme y pensar una y otra vez al leerlo. Creo que los estudiantes de primer año o incluso de secundaria pueden no ser capaces de entender uno o dos de ellos. Además, otra duda que tuve fue que mi especialidad era derecho penal, así que ¿soy apto para recomendar un libro de filosofía del derecho? En el fondo, me preocupa que me critiquen por dar un gran salto. Pero después de pensarlo durante un día, decidí ayudar a escribir el prólogo. La razón principal de mi cambio de opinión es que cuando leí este libro, no pude evitar recordar mi vida universitaria.

Cuando estaba en la universidad, tomé mi primer curso sobre la Constitución de los Estados Unidos. El instructor fue el juez Lin Ziyi. Utilizó el método de enseñanza socrático, lo cual me sorprendió. Fue sólo después de leer este libro que me di cuenta de que esta forma de enseñanza jurídica estadounidense provenía del primer volumen de "La República", en el que Sócrates preguntaba: "¿Qué es la justicia?". Varias personas se reunieron y aportaron respuestas en forma de diálogo. Aunque cada uno expresó sus propias ideas, nadie pudo dar una respuesta satisfactoria a las preguntas de Sócrates, y Sócrates no les dijo a todos qué es la justicia. Estas discusiones y diálogos, aunque aparentemente sin progreso, son significativos porque abren infinitas posibilidades y también acercan a los estudiantes a las respuestas. Después de treinta años, casi he olvidado lo que aprendí en muchos cursos, pero nunca he olvidado los casos que el profesor Lin seguía preguntando en clase, por ejemplo: ¿Puede el gobierno obligar a los motociclistas a usar casco? ¿Se puede obligar a la gente a

quedarse en casa los días de tifón y a no hacer senderismo o surfear bajo el viento y la lluvia?

Cuando me gradué de la universidad, quise estudiar en el extranjero en Estados Unidos, pero al final cambié de opinión y me fui a Alemania para realizar un doctorado. Una de las principales razones para no ir a estudiar a Estados Unidos es que no entiendo el sistema de derecho consuetudinario americano y me preocupa que mis conocimientos de inglés sean demasiado pobres para continuar mis estudios. Mis preocupaciones en ese momento también incluían estudiar Derecho en Estados Unidos. En cada clase, tenía que leer muchas sentencias y comprender los hechos, el proceso y las razones detrás de ellas. Como hablante no nativo de inglés, esto fue muy inquietante para mí. Después de leer este libro, pensé con emoción que si tal libro hubiera existido hace treinta años, podría haberlo leído primero y conocer qué aspectos del famoso "Asunto de las Cavernas" se discutieron; ¿Con qué pensamiento jurídico se relaciona la "Teoría del Dilema del Prisionero"? ¿Cuáles son los casos clásicos de lectura obligada en el estudio del derecho de responsabilidad civil y contractual estadounidense, cuáles son sus contenidos y por qué son importantes? qué grandes pensadores legales en el derecho estadounidense han presentado qué ideas en qué casos, y qué presidente de la Corte Suprema dijo qué citas clásicas en qué casos, e incluso cómo el desarrollo de la jurisprudencia estadounidense ha evolucionado desde la herencia del derecho colonial británico hasta su apariencia actual, que es diferente del derecho británico.

Para los estudiantes de derecho que quieran continuar sus estudios en Estados Unidos en el futuro, el libro "Think Like a Lawyer" es un poco como un cofre del tesoro de ideas. Es también la esencia de la reflexión del autor sobre el pensamiento jurídico norteamericano y diversas sentencias. ¡Después de leer esto, tu vida estudiando en Estados Unidos será un poco más fácil! En cuanto a los estudiantes de primer año de derecho, también les recomiendo que se tomen un tiempo para leer este libro y comparar las diferencias entre la educación jurídica estadounidense y la educación jurídica taiwanesa. Para aquellos a quienes les gusta pensar en la filosofía del derecho, lo recomiendo encarecidamente, porque la interpretación que hace el libro de las teorías de varios maestros de la filosofía del derecho es esclarecedora y tiene el efecto de promover el pensamiento a un nivel superior.

El autor es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Taiwán.

Recomendación:

Mejorar la comprensión del derecho por parte de la sociedad

Hou Yuehong

Shang Zhou Publishing ha estado trabajando en la serie Pueblo y Derecho durante mucho tiempo, presentando muchos clásicos legales importantes a los lectores taiwaneses. Con el fin de aumentar la comprensión de la sociedad sobre el estado de derecho y la jurisprudencia, y para ayudar a los profesionales del derecho en su reflexión, la traducción de William. William Bowers Poderes , *agudizando la mente* jurídica . Es un honor para mí escribir un prefacio para este libro. Aunque no tengo mucho talento ni conocimiento, me siento obligado a hacerlo considerando que este libro ayudará a la sociedad a comprender el derecho.

En la enseñanza de materias jurídicas para principiantes, además de impartir el sistema y la estructura de las normas jurídicas, también solemos pensar en cómo capacitar a los alumnos para pensar según la lógica jurídica. En la parte de sistema y estructura, si tomamos como ejemplo el derecho civil, en los libros de texto podemos ver la discusión desde conceptos abstractos hasta relaciones jurídicas específicas bajo los títulos de principios generales, sujetos de derecho, objetos de derecho y cambios de derecho; También podemos ver el método de explicación desde relaciones jurídicas específicas como ventas privadas y arrendamientos hasta conceptos abstractos. En el pensamiento de la lógica jurídica, el tema más frecuentemente discutido debe ser la aplicación del derecho, es decir, la discusión basada en el silogismo lógico, pensando en cómo colocar los hechos de un caso específico bajo las normas jurídicas y revisando los resultados con base en la premisa mayor (disposiciones jurídicas) y la premisa menor (hechos). Para los estudiantes que recién comienzan a estudiar Derecho, este es realmente un proceso de aprendizaje difícil pero necesario. Entre ellos, a la hora de interpretar los requisitos legales de los artículos, también hay muchas discusiones sobre la metodología de interpretación. Esta parte es la más importante en la aplicación de la ley y es también una de las tareas más difíciles para los profesionales del derecho.

El autor de este libro, el profesor William Bowers, se ha desempeñado como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas en Austin y presidente de la misma escuela. También enseña jurisprudencia y sus trabajos se centran en cuestiones relacionadas con la jurisprudencia. Este libro comienza con el caso ficticio de "El Misterio de la Cueva", presenta las opiniones de los jueces y luego organiza estas opiniones para representar las tres escuelas legales más influyentes en los Estados Unidos: el formalismo legal, el realismo legal y el procedimiento legal. Después de guiar a los lectores para comprender el pensamiento de los profesionales del derecho a partir de casos específicos, el libro ofrece además introducciones detalladas al positivismo, el derecho natural y varias escuelas de pensamiento estadounidenses. El contenido también presenta casos específicos para despertar el interés y la reflexión de los lectores, y utiliza un método fácil de entender para permitir que los lectores comprendan la cultura de interpretación común, los métodos de explicación y los patrones de pensamiento de los profesionales del derecho.

En los últimos años, el Yuan Judicial ha promovido una serie de reformas judiciales. Con el fin de establecer un procedimiento especial profesional, rápido y conveniente para incidentes laborales, el Yuan Legislativo aprobó la Ley de Incidentes Laborales en noviembre de 2018 y entró en vigor en enero de 2020. Según la ley, se puede formar un comité de mediación laboral compuesto por un juez y dos miembros del comité de mediación laboral que estén familiarizados con los asuntos de capital laboral para llevar a cabo la mediación. En segundo lugar, para aumentar la transparencia de los juicios y promover el entendimiento mutuo entre la ciudadanía y los tribunales, el Yuan Legislativo aprobó la "Ley de Jueces Ciudadanos", que entrará en vigor el día de Año Nuevo de 2023. Conforme a esta ley, incluso las personas comunes sin formación jurídica pueden participar en los juicios penales junto con jueces profesionales. Con esta serie de reformas, el público en general tiene significativamente más oportunidades de participar en el poder judicial que en el pasado.

En este contexto, la serie Pueblo y Derecho publicada por Shang Zhou Publishing House durante un largo período de tiempo será una fuente importante de conocimiento jurídico en la sociedad taiwanesa en el futuro. En particular, este libro "Piense como un abogado" también debería ser

uno de los libros importantes para que la gente común comprenda el pensamiento de los abogados cuando participan en diversos tipos de actividades judiciales. Espero sinceramente que Shang Zhou Publishing continúe trabajando duro en el futuro para planificar y compilar más series sobre personas y leyes.

El autor es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Taipei.

Recomendación:

Diferencias y similitudes en el razonamiento jurídico

Xu Zhengxian

El derecho no pertenece a las ciencias naturales. Las normas jurídicas a menudo varían de un lugar a otro, por lo que el intercambio de conocimientos profesionales es limitado y los profesionales del derecho de diferentes regiones están inevitablemente distanciados entre sí. Curiosamente, después del surgimiento de la ciencia moderna, el término "ciencia jurídica" nació en Alemania, que tiene un sistema jurídico continental. Ha trascendido las barreras regionales, ha dominado la educación jurídica en los sistemas de derecho continental y consuetudinario y ha hecho del “razonamiento jurídico” la patente de los profesionales del derecho. El deseo de "pensar como un profesional del derecho" se ha convertido en la ambición de los nuevos profesionales del derecho.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, la recopilación de doctrinas que se popularizó en Alemania bajo el nombre de ciencia jurídica se convirtió en la base de la modernización jurídica; Al mismo tiempo, en Estados Unidos, que tenía un sistema de derecho consuetudinario, la educación jurídica también favoreció la ciencia jurídica y, bajo la influencia del método de enseñanza de casos de Randall, desarrolló su propio método jurídico único. Sobre la ciencia jurídica del sistema jurídico continental, John Enrique Merryman lo ha descrito como "cientificismo", "construcción de sistemas", "conceptualismo", "abstracción", "formalismo" y "purismo". En otras palabras, los profesionales del derecho, representados por los académicos, imitan las ciencias naturales al utilizar la naturaleza como material y los métodos científicos como herramientas, y toman una gran cantidad de material jurídico (códigos escritos, precedentes prácticos, etc.) como objetos, los clasifican, distinguen definiciones y conceptos, y construyen un sistema que está interrelacionado. En el marco de la lógica formal, los conceptos tienden a ser abstractos y, debido al énfasis en la descripción de reglas y principios, gradualmente tienden a formalizarse y centrarse en fenómenos o valores jurídicos “puros”. En cuanto a las teorías o puntos de vista de las ciencias sociales, quedan excluidos porque no pertenecen al

derecho. Cabe señalar que los conceptos y puntos de vista mencionados anteriormente han ejercido una influencia sutil a través de la educación jurídica y todavía juegan un papel importante en la metodología jurídica dominante del sistema jurídico continental (incluido el derecho alemán y taiwanés).

Por el contrario, en el sistema de derecho consuetudinario de los Estados Unidos, después de que disminuyó el auge de la ciencia jurídica, basada en la posición dominante de los jueces en el sistema legal y la naturaleza pragmática de la solución de problemas de casos individuales, el método de razonamiento jurídico se centró más en el nivel específico de resultados apropiados que en teorías científicas abstractas. Sin embargo, los dos principales sistemas jurídicos todavía tienen algo en común. En resumen, la profesionalidad de los profesionales del derecho se basa en definir el alcance del derecho, establecer las características de la disciplina a través de los estudios jurídicos, interpretar el derecho con métodos jurídicos y defender la singularidad e integridad del razonamiento jurídico. Al mismo tiempo, los profesionales del derecho tienen buenas habilidades analíticas y afirman utilizar métodos legales para comprender cuestiones legales y resolver disputas a través del razonamiento legal. Por lo tanto, independientemente de los sistemas de derecho continental o consuetudinario, las leyes son diferentes, pero el énfasis en los métodos es el mismo. En consecuencia, parece haber un conjunto común de métodos jurídicos en los dos principales sistemas jurídicos, que se han convertido en una herramienta poderosa para que los profesionales del derecho piensen, interpreten la ley y resuelvan disputas. Sin embargo, su connotación parece ser un misterio para los profesionales no jurídicos, e incluso resulta controvertida entre los profesionales del derecho.

Los misterios del razonamiento jurídico son difíciles de entender a través de explicaciones abstractas, pero parece más fácil obtener una idea de su esencia a través de analogías del mundo real. Imagínese observar la superficie de la Tierra desde una gran altitud. La topografía de Taiwán simboliza la "ley". El proceso de descubrimiento de Taiwán es como la aplicación de métodos legales. A medida que la altitud de observación disminuye gradualmente, la topografía de Taiwán cambia desde un contorno vago a un hermoso paisaje de montañas y ríos, y finalmente se puede identificar la apariencia de calles y casas. La "ley" no parece

tener dónde esconderse. Si observas una vista panorámica de 360 grados del paisaje de Taiwán, verás una variedad de perspectivas y paisajes cambiantes que serán un deleite para la vista. En cuanto a cómo describir a Taiwán, es como interpretar leyes abstractas. No sólo es complicado, sino que además, como el observador está a diferentes alturas y ángulos, lo que ve y describe será naturalmente diferente. Lo que es aún más complicado es que el mundo jurídico no es un universo estático de objetos, sino una sociedad de relaciones dinámicas. Las interacciones interpersonales producen situaciones y casos en constante cambio y en número variable. Además, los seres humanos de distintas épocas y regiones tienen creencias diferentes sobre la “ley” o lo “legal” debido a sus diferentes sistemas políticos, religiosos y de valores. En este contexto, independientemente del sistema jurídico, las diferencias en la interpretación del derecho por parte de distintas escuelas o teorías y los métodos jurídicos adoptados no son más que respuestas a los desafíos de diferentes contextos temporales y espaciales o condiciones de casos individuales, con el fin de alcanzar el llamado ideal de equidad y justicia; y los cambios en las escuelas de pensamiento jurídico estadounidense introducidos en este libro, incluido el formalismo jurídico, el instrumentalismo o realismo jurídico, la escuela procesal jurídica, así como los estudios jurídicos críticos tardíos y la teoría jurídica posmoderna, no son más que el producto de la época en este contexto. Por tanto, el llamado método legal no tiene un modelo único que sea aplicable en todas partes y que no cambie nunca. Por ello, resulta dudoso que exista una respuesta "única" o "correcta" a los problemas jurídicos.

Tomemos un ejemplo para ilustrar esto: cuando A estaba conduciendo y giraba a la izquierda en una intersección, no dejó que B, que iba en una motocicleta (o manejando un taxi) pasara primero, lo que provocó que el auto de B chocara el auto de A, y B y su amigo (o pasajero del taxi) C resultaran heridos. En relación con este hecho, (1) tanto B como C pueden solicitar a A la indemnización de los daños y perjuicios (véase artículo 191-2 del Código Civil), lo que no supone un problema; (2) si B excedió el límite de velocidad, lo que incrementó los daños sufridos, y por tanto constituyó su "negligencia contributiva" (véase el artículo 217 del Código Civil), A puede solicitar una reducción del monto de la indemnización a B, lo que también es un problema; (3) De manera similar, con

respecto al exceso de velocidad de B, ¿puede A reclamar que C debería asumir la “negligencia contributiva” de B y reducir el monto de la compensación a C? (IV) Igual que el anterior, si C es el hijo menor de edad de B, ¿el resultado será diferente? Para resolver los problemas mencionados, los profesionales del derecho buscan en primer lugar una posible base jurídica en el sistema compuesto de disposiciones legales. En otras palabras, al analizar el texto de las disposiciones legales para determinar si los hechos del caso cumplen requisitos específicos, se puede producir un efecto jurídico específico. Este proceso constituye la base del razonamiento jurídico.

En la gran mayoría de los casos de la vida diaria (quizás hasta el 90% o más), el método de interpretación de la ley utilizando sentencias pasadas es principalmente un método de interpretación literal, histórico, sistemático y de propósito, con el fin de seleccionar un determinado camino lógico o emitir un juicio específico. Esta interpretación pragmática o método de decisión se ha convertido en una herramienta importante de la metodología jurídica dominante, intentando obtener respuestas claras a través de ella. Las preguntas (1) y (2) son ejemplos apropiados. Algunos casos, con un poco de análisis y razonamiento, también pueden llegar a una respuesta altamente consensuada, formando una base para citar casos similares en el futuro. La pregunta (3) es un ejemplo adecuado. Sin embargo, en casos muy raros (casos difíciles o marginales), debido a diferentes puntos de vista, consideraciones e incluso métodos, las opiniones jurídicas son propensas a la divergencia y es difícil alcanzar un alto grado de consenso. La pregunta (4) es un ejemplo adecuado.

Este libro se sitúa en el contexto del derecho consuetudinario estadounidense. El autor desenreda el velo del razonamiento jurídico uno por uno de manera fragmentada, analizando lo que significa "pensar como un abogado", señalando el valor de los métodos y estándares comunes necesarios para resolver disputas, y que la jurisprudencia debe centrarse en el marco del razonamiento jurídico en lugar del contenido de las normas jurídicas. Al mismo tiempo, este libro también enumera cinco temas importantes respecto a las diferencias en el razonamiento jurídico o metodología jurídica: la fuente del derecho, la formalización, la relación entre el derecho y la moral, la relación entre el poder judicial y otros sistemas, y el modelo

de interpretación jurídica. El contenido relevante es fácil de entender y conciso, y todos, ya sean profesionales del derecho o incluso expertos en jurisprudencia, pueden beneficiarse mucho. Curiosamente, el libro menciona ocasionalmente conceptos importantes de la mecánica cuántica. Nota 1. Con un estilo de escritura extremadamente sabio, basado en la sabiduría de la filosofía tradicional y citando el paradigma de la investigación científica, expone el espectro opuesto de la ontología real objetiva y el mundo fenoménico subjetivo, y el cambio de paradigma del descubrimiento de la realidad objetiva a la construcción de un estado aproximado, cantando un poema conmovedor que abarca más de 2.000 años de historia. ¡El contenido es maravilloso, vívido y fascinante, y es un placer leerlo! La inspiración del desarrollo antes mencionado para el razonamiento jurídico es abandonar la búsqueda de la llamada verdad objetiva (la respuesta original o única correcta en derecho) y, en cambio, tratar de construir un modelo o cultura de interpretación común para alcanzar el consenso en la mayoría de los casos y encontrar ideas y sabiduría en todas partes.

Personalmente, creo que si comparamos la ley con el mundo físico, el contexto de la mayoría de los casos legales puede compararse, a grandes rasgos, con el mundo a escala humana; Se puede llegar a un acuerdo fácil sobre el primero aplicando el razonamiento jurídico general, y el segundo también puede explicarlo todo aplicando las leyes de la física clásica. En cambio, las dificultades de los casos legales marginales son como los misterios del mundo microscópico cuántico; Los primeros son juzgados en direcciones opuestas debido a métodos diferentes, y es difícil llegar a una conclusión debido a las diferentes opiniones; Este último está sujeto a la esquiva teoría cuántica, y muchos fenómenos aún son difíciles de comprender. Ya sea en el mundo legal o físico, en la mayoría de los casos o en el mundo macro, parecen exhibirse las siguientes características: objetividad, certeza y claridad; Pero en casos marginales o en el micromundo, las características mencionadas se subvierten: sujeto y objeto son difíciles de distinguir, la incertidumbre y los procesos dinámicos reemplazan las estructuras estáticas. Aun así, las leyes clásicas que se aplican en todo el mundo macroscópico de la física, aunque inútiles en el mundo microscópico, no han disminuido la confianza humana en su

uso en la vida diaria; De manera similar, los métodos legales utilizados en la mayoría de los casos legales, aunque inadecuados en casos marginales, no han sido devaluados como inútiles. El punto clave es que las leyes físicas o los métodos legales antes mencionados pueden combinarse y aplicarse en sus respectivos marcos teóricos para presentar un estado de "creencia pragmática", que es la actitud del pragmatismo a la que se refiere este libro.

Vale la pena señalar que el pensamiento de los llamados profesionales del derecho se basa en premisas metodológicas diferentes. Por una parte, tienen diferentes reglas básicas, presupuestos y valores y, por otra, tienen diferentes caminos metodológicos correspondientes, que también pueden conducir a diferentes resultados de juicio. Es difícil determinar uno. Sin embargo, dado que los casos marginales son una minoría después de todo, incluso si se aceptan plenamente los métodos anteriores, en la mayoría de los casos, los resultados posibles aún se pueden predecir con gran precisión, por lo que no es apropiado exagerar las consecuencias de las diferencias metodológicas. Por lo tanto, ya sea la metodología jurídica del sistema jurídico continental o el razonamiento jurídico del sistema de derecho consuetudinario, existen varias escuelas en la historia del desarrollo jurídico, y sus bases de argumentación son diferentes (algunas teorías incluso niegan que tengan base alguna); Al mismo tiempo, como se señala en este libro, la naturaleza lógica del pensamiento jurídico no reside en las respuestas académicas a casos específicos, sino que involucra las reglas básicas para analizar los problemas y requiere un cierto punto de vista del conocimiento para mirar el mundo, enfatizando el razonamiento lógico, la conceptualización y la formalización. Esto es complejo y controvertido, pero necesario. Lo importante es que, partiendo de que los profesionales del derecho comparten un modelo de interpretación y una cultura comunes, se puede llegar a un consenso general sobre la sentencia de la mayoría de los casos, y el razonamiento jurídico ocupa una posición clave y es también el núcleo de la educación jurídica.

En general, este libro es el fruto del esfuerzo minucioso de un estudioso del derecho y un legado valioso. Basado en la pasión del autor por la educación jurídica, utiliza sus profundas habilidades en la teoría legal para abordar cuestiones importantes en el razonamiento legal y utiliza un estilo narrativo popular y fácil de entender para explicar

términos profesionales y difíciles, llevando a los lectores en un viaje intelectual. Combinado con una traducción fluida y de fácil comprensión, ¡la visita guiada es un verdadero placer y un gran beneficio! En particular, las profundas cualidades humanísticas del autor, combinadas con un rico conocimiento de la literatura, la historia y la filosofía, y nuevas perspectivas sobre la filosofía de la ciencia, no solo aprecian plenamente la esencia del pensamiento y la cultura occidentales, sino que también muestran la relación entre el derecho y la exploración del conocimiento humano. Muchas de sus opiniones son profundamente inspiradoras para los profesionales del derecho.

Finalmente, si tuviera que utilizar un párrafo para describir la relación entre las personas y la ley, me gustaría compartir: “Interpretación de la ley: la respuesta del hombre a la justicia”. El proceso de interpretación jurídica involucra teorías morales y políticas, y el hecho de que aparezcan diferentes puntos de vista en diferentes momentos y contextos es que todos ellos son la respuesta de las personas a la justicia. El tipo de justicia que la gente busca puede cambiar de justicia sustantiva (centrada en el contenido sustancial de casos individuales) a justicia procesal (enfatizando cómo funciona el sistema) según la marea de los tiempos, o puede crecer y menguar en un ciclo. Pero lo que no cambia es que se trata de un problema común y eterno no sólo para los profesionales del derecho sino también para la humanidad. Este libro ofrece una excelente interpretación de las anotaciones anteriores. ¡Vale la pena leerlo con atención para cualquier profesional del derecho o lector interesado en cuestiones de justicia!

El autor es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Chengchi.

Nota 1 : Para debates relacionados, consulte Xu Zhengxian, Jurisprudencia en el contexto de la ciencia: una breve discusión sobre la ilustración de las implicaciones filosóficas de la mecánica cuántica para la ciencia jurídica, en: Imaginación de la jurisprudencia: una colección de ensayos en celebración del 70.º cumpleaños del profesor Su Yongqin, volumen 4, Derecho de las ciencias sociales, 2022, págs. 155-185.

En muchos casos, incluso en la mayoría de los casos, los abogados pueden llegar a un consenso.

Porque comparten una cultura común de interpretación, no porque exista una respuesta inherentemente correcta.

Prefacio del editor

Guillermo. A Bowers le encantaba enseñar. Está en la Universidad de Texas en Austin . de Texas en Austin) durante más de cuatro décadas, tiempo durante el cual se desempeñó como decano de la facultad de derecho y presidente. Se preocupa especialmente por guiar a los estudiantes principiantes de derecho hacia un nuevo mundo de ideas y nuevas formas de pensar. Este libro es una manifestación de su amor y preocupación. Cómo los profesionales del derecho entienden la ley y formulan argumentos basados en ella puede ser algo muy misterioso para las personas fuera del círculo legal. Para aquellos que recién comienzan su carrera jurídica, las cuestiones del pensamiento legal son particularmente preocupantes, y la interpretación de Bowers desentraña los misterios de la ley. Su propósito es explorar en profundidad el pensamiento jurídico académico, comenzando desde dentro de la profesión, para explicar cómo los abogados piensan sobre el derecho y cómo los profesores de derecho enseñan los conceptos y métodos del análisis jurídico.

La materia principal que enseña es la jurisprudencia, un campo académico que incluye la naturaleza del derecho y los sistemas legales, el proceso de razonamiento de los jueces al juzgar casos y la relación entre el derecho, la justicia y la moralidad. Explora estas cuestiones de manera temática y luego, a partir del Capítulo 5, expone la rica historia del desarrollo del pensamiento jurídico en los Estados Unidos desde la Revolución Revolucionaria hasta el presente. La discusión en los siguientes capítulos también aclara los métodos de interpretación jurídica que surgieron en la historia de la jurisprudencia estadounidense, las fuerzas sociales que dieron origen a diversos problemas jurídicos y las nuevas escuelas hermenéuticas que surgieron en respuesta a estos problemas. Tanto los lectores que se inician en el estudio de la jurisprudencia como los expertos que ya están familiarizados con ella pueden beneficiarse enormemente de estos debates.

Guillermo. Bowers se desempeñó como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, fue decano de la facultad de derecho durante cinco años y fue el 28.o presidente de la universidad. Su mandato como presidente, de 2006 a 2015, fue el segundo más largo en la historia de la universidad. Cabe mencionar especialmente que llevó a cabo una amplia reorganización de la educación

universitaria y, bajo su iniciativa, creó la escuela de medicina. Defendió firmemente la calidad y los valores académicos de la universidad y resistió la interferencia política destinada a debilitar y distorsionar las misiones de investigación académica. Después de dejar la presidencia, Bowers regresó a la facultad de derecho para enseñar a tiempo completo, y uno de sus cursos favoritos era jurisprudencia. Su interés por el tema se remonta a principios de la década de 1970, cuando era estudiante en la Universidad de Harvard y trabajaba como editor jefe de *Harvard Law Review* . En Harvard, en esa época, la corriente principal de la jurisprudencia era la escuela de derecho procesal, un movimiento local fundado por los académicos y profesores más influyentes en la década de 1950, y los mejores estudiantes de derecho de Harvard estaban empapados de sus métodos e ideas. Además de los métodos y conceptos de la escuela procesal jurídica, también estudió a Juan. Juan Rawls Rawls , cuyos destacados logros en filosofía moral y política no tienen parangón, y cuya destacada obra Una *teoría de la justicia* acababa de publicarse. Después de graduarse de la facultad de derecho en 1972, los primeros trabajos de Bowers abordaron cuestiones centrales de la jurisprudencia y continuó analizando estos temas en sus obras posteriores.

El primer borrador de este libro se completó antes de que el profesor Bowers falleciera en marzo de 2019. Su patrimonio autorizó el borrador del libro a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas y a su decano, Ward. Farnsworth Farnsworth y me pidió que le ayudara a preparar el manuscrito final para su publicación. El manuscrito fue revisado por la University of Texas Press, y dos lectores externos comisionados por la prensa para ayudar en la revisión también brindaron comentarios positivos. Pero después de todo es un manuscrito inacabado. Como dijo un lector, se lee más como un primer borrador pulido. Este lector sugirió algunas revisiones y, después de leer el manuscrito, encontré otras que necesitaban revisiones. Dado que los primeros capítulos han sido revisados, los capítulos posteriores parecen ser toscos y un poco débiles. Hay varios lugares donde las explicaciones carecen de coherencia, y los conceptos y teorías de algunos pensadores importantes en la historia de la filosofía occidental, que son el núcleo de este libro, también necesitan ser complementados para lograr el propósito de la explicación. También hay varios errores de hechos y citas a

lo largo del libro. Algunos lectores han señalado estos problemas en sus informes. Pero otros errores pueden no ser tan fáciles de encontrar y pueden estar intrincadamente entrelazados con el texto, haciendo más difícil la tarea de corrección. En general, creo que es más importante reescribir para eliminar estos problemas y errores que ser demasiado respetuoso con el texto original.

Los capítulos con mayores revisiones son los capítulos 4 y 7. Un contenido importante del capítulo 4 es la historia del positivismo jurídico, es decir, desde la antigua Grecia hasta mediados del siglo XX de Hans. Hans Kelsen Siguiendo la visión todavía popular , Bauwers cree que la discusión de Hobbes fue la primera propuesta del positivismo jurídico moderno . Sin embargo, la teoría de Hobbes no es positivismo jurídico, aunque superficialmente se asemeja a la del gran jurista del siglo XIX, John. Austin (Juan Austin), cuyos argumentos fueron la explicación estándar del positivismo antes de Kelsen y Hart. Por el contrario, la teoría de Hobbes debería considerarse descendiente de la de Hugo Grocio . Grocio) inició la tradición del derecho natural moderno. El positivismo jurídico moderno se originó con Jeremy Bentham Bentham), especialmente su trabajo sobre William. Blake Stone (William Una crítica de la teoría del derecho natural contenida en *los Comentarios* sobre las *leyes de Inglaterra de* Blackstone . Por lo tanto, reemplacé la discusión de Bauwer sobre Hobbes como el fundador del positivismo moderno con una discusión relevante sobre Bentham, y como Austin era un estudiante de Bentham, también modifiqué la discusión de Bauwer sobre Austin para mostrar los puntos en común entre sus teorías.

El capítulo 7 cubre las dos escuelas principales de la filosofía moral moderna: el utilitarismo y la teoría del derecho natural derivada de Grocio. La discusión de Bauwers sobre esto último se centra en las teorías morales y políticas de Rousseau, Kant y Rawls. Su análisis de las obras de Rousseau y Kant es difícil de comentar y de explicar a los lectores que no saben nada o no están muy familiarizados con Rousseau y Kant. Ambos filósofos crearon palabras especiales para explicar sus teorías, y comprender este vocabulario técnico especial requiere una comprensión profunda del texto. Para preservar el enfoque y el núcleo de los argumentos de Bowers, los he reescrito sustancialmente para ser más fieles a estas obras y transmitir más claramente las ideas de estos autores que Bowers deseaba

transmitir. Por razones similares, aunque menos fuertes, también he modificado su interpretación de Rawls.

En el capítulo final, Bowers analiza las distintas formas en que los abogados piensan sobre la ley y aboga por el uso de estos métodos para comprender la incertidumbre jurídica. Cerca del final del capítulo, pretende ilustrar su comprensión de la incertidumbre legal a través de un *caso civil, Ghassmie h v. Schafer , y un debate sobre cuestiones que a menudo se plantean en los cursos de primer año sobre responsabilidad civil.* Pero después de escribir el tema del párrafo y explicar el caso, se detuvo de repente, dejando que la discusión se completara. Agregué un análisis de las cuestiones del caso que creía que estaban en la mente de Bowers, pero no estaba seguro de que el análisis que presenté fuera consistente con su idea de que el caso era representativo en esta cuestión, ni estaba seguro de que él estuviera de acuerdo en que mi análisis demostraba plenamente su argumento de que no hay una forma correcta entre las distintas formas en que los abogados interpretan la ley en un caso particular. Lamentablemente no dejó ninguna nota para aclarar estas cuestiones. Por tanto, mi análisis debe verse como un intento de ilustrar el espíritu del método de interpretación jurídica defendido por el autor en el capítulo final.

Bowers no completó las notas de los primeros siete capítulos; Estos se agregaron más tarde. Incluye notas a pie de página numeradas en este artículo, pero, con muy pocas excepciones, la mayoría de ellas carecen de contenido. Los capítulos 8 y 9 ni siquiera tienen números de notas a pie de página, aunque el texto contiene muchos materiales citados que requieren citación. A través de Laura, quien una vez fue asistente de investigación en Bowers. Laura Modano Con la ayuda del Dr. Mo edano , he completado la mayoría de las referencias, a excepción de unas pocas que faltan, y he añadido las referencias necesarias a los Capítulos 8 y 9, además de revisar las referencias en el manuscrito original. La ayuda de Modano fue indispensable en este sentido y he adoptado muchas de sus sugerencias para mejorar el texto original. Agradezco su aportación a este caso y estoy seguro de que el autor apreciará su contribución. También quiero agradecer a Michelle. Mitch Berman , quien leyó el manuscrito y proporcionó comentarios. Busqué su consejo cuando asumí este caso y las sugerencias que hizo fueron de gran ayuda. David. David Raben M. Rabban también me brindó valiosos comentarios sobre el Capítulo 5, y

Farnsworth brindó excelentes sugerencias sobre la redacción de este prefacio. Gracias también a Sarah. Sarah Schumberg Shamburgo). Su labor fue inestimable en el manejo de cuestiones organizativas durante el transcurso de este proyecto.

Guillermo. El fallecimiento de Bowers es una gran pérdida para las facultades de derecho y las universidades de Texas. Es un gran honor para mí ayudar a preservar su legado publicando este libro, su última y más importante contribución al campo de la jurisprudencia.

--John. John Dee Deeigh

Capítulo 1
: Espero recuperar mi viejo cerebro

Una gran parte del plan de estudios del primer año de la facultad de derecho está diseñada para enseñar a los estudiantes a "pensar como un abogado". Los cursos obligatorios para los estudiantes de primer año son importantes, como derecho de responsabilidad civil, derecho contractual, derecho de propiedad, procedimiento civil y derecho constitucional, pero hay un objetivo intangible más básico subyacente a estos estudios. Esperamos que los estudiantes aprendan un conjunto de habilidades analíticas para construir argumentos legales. Hay una presunción implícita en esta afirmación: los profesionales del derecho adoptan una forma única de pensar y, por lo tanto, tienen un conjunto común de métodos para resolver problemas legales.

No es ningún secreto que el primer año de la facultad de derecho puede ser agotador y frustrante, como hemos visto en películas exitosas como *One L* y The *Paper Chase* . Hay muchas razones para esto, una de las cuales es el método socrático de enseñanza, que permite a los estudiantes resolver problemas activamente frente a sus compañeros en lugar de simplemente sentarse en clase y absorber información. A finales del siglo XIX, el profesor Christopher Randall Columb nosotros Langdell defendió este método de casos en la Facultad de Derecho de Harvard, principalmente con la esperanza de desarrollar y enseñar una forma más científica de razonamiento jurídico. Nota 2 Hoy en día, se considera que este método de enseñanza ayuda a los estudiantes a aprender a pensar. Pero no es sorprendente que los métodos de enseñanza que requieren la participación de los estudiantes en todo momento, incluso si son graduales, hagan que los estudiantes se sientan nerviosos y ansiosos. La mayoría de los nuevos estudiantes de derecho sólo han estudiado y no tienen ninguna otra experiencia, y nunca se han preocupado siquiera por cuestiones de la vida. Nota 3: Muchas personas también sintieron por primera vez que su desempeño no era tan bueno.

Sin embargo, hay una razón más profunda. Pensar como un abogado requiere adoptar una postura intelectual particular, que enfatize la racionalidad, la conceptualización y el formalismo, y que pueda evocar fuertes respuestas tanto emocionales como intelectuales. Imagínese la siguiente conversación:

Profesor: ¿Es válido el contrato en este caso?

Estudiante: Creo que es injusto pedirle a los consumidores que paguen.

Profesor: Pero esa no es mi pregunta. ¿Está establecido el contrato?

Detrás de esta conversación aparentemente simple (y común) se esconde una visión del mundo compleja y controvertida. La posición jurídica del profesor implica varios supuestos básicos, de los cuales mencionaré sólo dos: primero, que el derecho y la moral (justicia) son diferentes y deben distinguirse; En segundo lugar, que los problemas de las personas pueden y deben resolverse considerando un conjunto limitado de normas (a través de reglas jurídicas apropiadas) en lugar de considerar todas las circunstancias. Volveremos a la complejidad de esta simple conversación y sus supuestos subyacentes más adelante. Por ahora basta con mostrar que resulta inquietante pedir a los estudiantes que adopten una postura tan intelectual. Independientemente de cómo reaccionen los estudiantes a los resultados del caso, es concebible que haya resistencia a ajustar la forma en que los estudiantes piensan sobre el problema .



Algunas personas dicen que la educación jurídica consiste en entrenar la mente limitando el pensamiento. Nota 4 En la película "Fighting for the Top", el estricto profesor

Kingsfield les dice a sus estudiantes que, aunque sus cabezas estén llenas de papilla cuando ingresen a la facultad de derecho, aprenderán a pensar como abogados cuando salgan, y su objetivo es entrenar sus mentes. En un periódico de la facultad de derecho, el autor de una caricatura lo describió desde el lado opuesto (ver la imagen de arriba). Nota 5

La cuestión no es que aprender a pensar como un abogado sea perjudicial. Al contrario, con el tiempo nos daremos cuenta de que tiene muchos beneficios, incluido el entrenamiento de la mente. Mi punto es que aprender a pensar como un abogado es un arma de doble filo que plantea serias preguntas sobre cómo deberíamos ver e interactuar con el mundo y con otras personas. A menudo enseñamos a los estudiantes a pensar legalmente sin pensar en los riesgos que implica, lo que a veces puede dejar a los estudiantes vagamente confundidos.

Enseñar a los estudiantes a pensar como abogados también puede ser frustrante. Los estudiantes de derecho a menudo acusan a sus profesores de ser “reservados”, lo que significa que hacen muchas preguntas pero no dan respuestas. Los atenienses tenían la misma queja sobre Sócrates. Esto es muy molesto. Lo que ven los estudiantes es la apariencia, como en la conversación antes mencionada el profesor no les dijo a los estudiantes si el contrato es válido. Ante este tipo de quejas, los profesores suelen responder a los estudiantes diciendo que lo más importante es la capacidad de desarrollar y aplicar habilidades analíticas más que respuestas académicas específicas. Sin embargo, si realmente hay un truco oculto, no es el que se ve en la superficie, sino que se esconde a un nivel más profundo, que contiene las reglas básicas del análisis. ¿Por qué un profesor podría apreciar ciertos estilos de argumentación, como centrarse en los hechos, el lenguaje legal o las consecuencias económicas de una decisión, pero estar insatisfecho con argumentos que invocan reglas conceptuales amplias o creencias morales o religiosas? Y no importa cuán claramente un profesor pueda instruir sobre la doctrina , rara vez da instrucciones claras o incluso analiza las reglas subyacentes detrás del análisis , o lo que significa pensar como un abogado.

Diferentes cursos pueden tener diferentes reglas básicas. En cierta clase, el profesor exige una comprensión precisa y exacta de los hechos básicos de una disputa, o una atención cuidadosa a la redacción de la ley, pero desdeña

aceptar "principios de prioridad" o conceptos ampliamente citados. En otra clase, puede que ocurra lo opuesto. Quizás en otros cursos el foco esté en las expectativas de la sociedad respecto de resultados específicos. En algunos cursos, la teoría económica parece ser la solución predominante; En otros cursos, el énfasis está en la teoría política, la historia o interpretaciones textuales específicas. Los estudiantes son realmente lamentables. Tienen que aprender a pensar como profesionales del derecho en una situación tan cambiante.

De hecho, los defensores de enseñar a los estudiantes a pensar como abogados tienen ideas diferentes sobre lo que eso significa. Incluso algunos profesores de derecho son escépticos acerca de lo que tiene de especial el razonamiento jurídico. Para ellos, pensar como un abogado es sólo una formalidad.

La selección de cursos y los estilos de enseñanza de las facultades de derecho reflejan esta divergencia de opiniones. Lo que se considera una buena respuesta en clase (no sólo en términos del resultado sino también en la forma de la inferencia) depende en gran medida de las suposiciones básicas del profesor sobre el razonamiento jurídico (que a menudo son implícitas). Cuando los estudiantes se quejan de que no tienen idea de lo que quiere su profesor, en realidad son más inteligentes de lo que creen. Distintos profesores quieren cosas diferentes, lo que significa que quieren formas diferentes de hablar porque tienen diferentes suposiciones legales sobre pensar como abogados. Algunos profesores creen que el razonamiento jurídico es conceptual y formal, diferente de la moral o la política. Otros argumentan que el análisis jurídico no se distingue significativamente de la moral o la política. Algunos profesores piensan que la interpretación de los estatutos es como la interpretación literal; Otros piensan lo contrario. No es sorprendente, por tanto, que difieran mucho en su elección de material relevante y en los métodos de presentación que consideran apropiados. Sólo un estudiante que desconoce la diversidad de opiniones jurídicas se sorprendería de esta situación.

No todos los profesores adoptan conscientemente una teoría consistente del razonamiento jurídico. La mayoría de los profesores tienen estilos de enseñanza diversos que reflejan perspectivas complejas sobre cómo pensar como abogado. Sin embargo, existen diferentes escuelas de pensamiento jurídico en la educación jurídica

estadounidense, que influyen en los educadores jurídicos de diferentes maneras. Algunos profesores se adhieren a una única escuela de pensamiento, mientras que la mayoría siguen selectivamente una variedad de modelos lógicos. Pero, en última instancia, diversas escuelas de pensamiento influyen en nuestras opiniones sobre lo que significa pensar como un abogado, y estas opiniones también influyen en cómo enseñamos a nuestros estudiantes. No es sorprendente que a los estudiantes les resulte difícil aprender en este entorno de instrucción teóricamente divergente.

La importancia de pensar como un abogado

Los abogados tienen una forma especial de pensar cuya importancia va más allá del ámbito de las aulas de la facultad de derecho. Está estrechamente vinculado al concepto de Estado de derecho. En términos simples, el estado de derecho presupone que los jueces “imparciales” siguen reglas “externas” y que “igualdad entre iguales ” casos son tratado Los casos individuales se juzgan de acuerdo con las reglas generales del derecho. Igual que Juan. Juan Rawls Rawls dijo que el estado de derecho requiere "la aplicación regular e imparcial de las normas públicas". Nota 6 Por lo tanto, está “estrechamente relacionada con la libertad”. Nota 7 , porque permite a los ciudadanos identificar sus obligaciones legales y actuar en consecuencia. Debemos tener al menos algunos indicadores comunes para determinar las soluciones a los problemas jurídicos, de modo que podamos juzgar si estamos gobernados "según la ley" y no "gobernados por la gente".

Los estudiantes de derecho de hoy comprenden que los valores políticos personales pueden afectar el resultado de las sentencias judiciales. A menos que los profesionales del derecho tengan algunos métodos y estándares comunes para resolver disputas legales, el concepto de Estado de derecho es sólo palabrería vacía. De hecho, quienes son escépticos respecto de la existencia de tal estándar de solución creen que la idea del Estado de derecho es meramente una fachada.

No es de extrañar que el proceso de revisión de nominaciones para los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos se centre en el razonamiento jurídico presentado por los nominados. Tampoco es sorprendente

que si somos escépticos respecto de un enfoque común del razonamiento jurídico, prestemos especial atención a las opiniones políticas de los candidatos. Parte del debate gira en torno a su eficacia, si es que los abogados tienen una forma especial y compartida de pensar. En este sentido, ¿los profesionales del derecho “siguen” la ley o “crean” la ley? La frustración de los estudiantes de primer año de derecho acerca de cómo pensar como abogados ejemplifica el debate sobre el estado de derecho como base de la interacción social. Ambos fenómenos reflejan la competencia dentro de las escuelas jurídicas y entre ellas.

El contenido de los estudios jurídicos incluye examinar lo que significa pensar como un abogado. ¿Tienen los abogados un conjunto especial de soluciones a los problemas jurídicos, o los métodos que afirman utilizar son sólo una tapadera para ejercer el poder político? Si los profesionales del derecho tienen una forma especial de pensar, ¿cuáles son sus reglas, supuestos y valores implícitos subyacentes? Como una especie de "filosofía jurídica", la jurisprudencia está muy cerca de la filosofía de la ciencia, la filosofía de las matemáticas, la filosofía de la música o la filosofía de la historia. Así como la filosofía de estas disciplinas intenta comprender y criticar sus reglas subyacentes, supuestos y valores implícitos, el derecho intenta institucionalizar y examinar críticamente las reglas subyacentes, supuestos y valores implícitos del razonamiento jurídico.

marco del razonamiento jurídico más que del contenido sustantivo de leyes específicas . El contenido de la ley plantea interesantes cuestiones filosóficas sociales y políticas, como la acción afirmativa, el aborto, los mercados, la moralidad de la pena de muerte y otros temas similares. De hecho, muchos de los animados debates en las aulas de las facultades de Derecho surgen de diferentes perspectivas sobre estos temas. Pero más allá del contenido de la ley, la estructura fundamental de la ley y el razonamiento jurídico tienen un profundo impacto en la forma en que vemos el mundo. Es este marco, más que el contenido de la ley, el que constituye el foco principal de la jurisprudencia.

Esto no significa que la estructura del razonamiento jurídico en sí misma no tenga valor o sea irrelevante para el contenido de la ley. De hecho, la característica principal de una conocida escuela de pensamiento es que la forma del razonamiento jurídico no puede disociarse completamente del contenido sustantivo de las normas jurídicas . Nota 8 Sin

embargo, el punto de partida de la jurisprudencia es la estructura del razonamiento jurídico, no el contenido de sus reglas.

Como filosofía del "derecho" y del razonamiento "jurídico", la jurisprudencia contiene una amplia gama de contenidos. ¿Por qué deberíamos explorar la lógica “legal” y desarrollar la filosofía “legal”, en lugar de, por ejemplo, la “lógica del derecho penal” y desarrollar la filosofía del “derecho penal”? Por el contrario, ¿por qué no una filosofía de la organización social, de la que el derecho es sólo una parte? Tenemos esas disciplinas, por supuesto; Simplemente reconocen que el mundo puede dividirse de diferentes maneras y que esos recortes pueden ser útiles. Sin embargo, la división que hace la jurisprudencia sólo es útil cuando el "derecho" y el razonamiento "jurídico" son clasificaciones totalmente independientes y completas . Una de las afirmaciones implícitas de la jurisprudencia (y de las escuelas jurídicas) es que el razonamiento jurídico es lo suficientemente distinto de otras formas de razonamiento como para que pueda entenderse de manera provechosa mediante el desarrollo de teorías (y escuelas) distintivas. Otra afirmación es que el razonamiento jurídico tiene suficiente integridad no sólo para ser un componente del derecho sino también para ser útil al combinar esos componentes en un todo.

Este problema no es exclusivo del ámbito jurídico. También podemos tener diferentes enfoques al estudiar la vida humana, como las moléculas, las células, los órganos, los individuos, las familias o las organizaciones sociales, por nombrar sólo algunos. No podemos decir que estos enfoques sean en sí mismos absolutamente correctos, pero sí que cada uno de ellos se ha convertido en una disciplina útil. De modo similar, podemos centrarnos en casos individuales, o en áreas doctrinales como el derecho de responsabilidad civil o el derecho constitucional, o en grupos enteros de disciplinas como el derecho privado o el derecho público, o incluso en dimensiones más amplias como la organización social, de la que el derecho es sólo un componente. De hecho, los cursos de las facultades de derecho reflejan la conclusión de que múltiples áreas doctrinales (derecho contractual, derecho de responsabilidad civil y temas similares) son suficientemente distintas como para ser distinguibles entre sí, pero suficientemente homogéneas dentro de cada área como para justificar cursos distintos. Incluso dentro de un área

doctrinal, como el derecho de responsabilidad civil, hay matices útiles que se pueden hacer, como conducta ilícita intencional, negligencia, etc.

¿Cómo puede entonces ser eficaz un enfoque de clasificación que se centre en el razonamiento jurídico? Dos cosas pueden darnos cierto consuelo: las facultades de Derecho se han convertido en departamentos universitarios únicos y completos, y los abogados se han convertido en una "profesión" por derecho propio. Por supuesto, las razones para esto pueden estar más allá de la naturaleza del razonamiento jurídico. Los factores sociales y económicos también pueden contribuir a esto. Pero sí sugiere que pensar como abogado es lo suficientemente diferente de otras formas de pensamiento y lo suficientemente homogéneo dentro de él como para servir como una categoría útil de estudio. Otro indicador es que en el discurso político celebramos el “estado de derecho” en lugar del “gobierno por contrato” o el “gobierno por normas sociales”. Independientemente de su campo, los profesionales del derecho pueden utilizar su propia forma única de razonamiento y un conjunto común de métodos para resolver problemas legales, lo que los hace diferentes de otras disciplinas hasta cierto punto.

Finalmente, tal vez podamos brindar algún respaldo a la afirmación de que el “razonamiento jurídico” es una clasificación distintiva y completa. Pero ahora es importante que no supongamos simplemente que esta afirmación es verdadera ni la exageremos. Deberíamos estar abiertos a posibles diferencias en los procesos de razonamiento en distintos campos jurídicos. Por ejemplo, no deberíamos descartar inmediatamente la posibilidad de que el razonamiento constitucional pueda diferir del razonamiento en materia de responsabilidad civil. (De hecho, algunas teorías jurídicas actuales intentan centrarse en las cuestiones constitucionales más amplias del mundo contemporáneo para construir una teoría del razonamiento jurídico de aplicación más general, pero no prestan la debida atención a una variedad de cuestiones de derecho privado y, por lo tanto, sufren reveses). Nota 9 Por el contrario, no debemos asumir apresuradamente que el razonamiento jurídico es radicalmente diferente del razonamiento en otras disciplinas normativas, como la ética, la economía, la historia, la crítica literaria, la teoría política y otras. Si este fuera el caso, se bloquearía la oportunidad de realizar

inferencias fructíferas desde estas disciplinas. La cuestión aquí es hasta qué punto la disciplina del derecho es homogénea y autónoma, con sus propias reglas básicas, en lugar de ser simplemente una colección de diferentes disciplinas o un derivado de otras disciplinas. De hecho, la relación entre el derecho y la moral es en sí misma una cuestión importante en la jurisprudencia. Nota 10 La respuesta a esta pregunta es algo que debemos pensar en lugar de aceptarla sin pensar.

Aunque enseñar a los estudiantes a pensar como abogados es un objetivo natural en la formación de futuros abogados, no debemos dar por sentado que el razonamiento jurídico sea homogéneo y aplicable a diferentes áreas del derecho, ni tampoco debemos dar por sentado que el razonamiento jurídico sea necesariamente diferente del razonamiento en otras disciplinas. En última instancia, podemos decir que algunos aspectos de "pensar como abogado" trascienden las categorías disciplinarias, y algunos aspectos del razonamiento jurídico difieren del razonamiento de otras disciplinas, pero estas afirmaciones aún deben examinarse en lugar de aceptarse como algo normal. En resumen, no deberíamos utilizar el marco jurídico para responder a las preguntas que el derecho examina y trata.

Discutiendo dos puntos de vista sobre la jurisprudencia

¿Qué características del razonamiento jurídico deberíamos examinar, entonces, para determinar si pensar como un abogado es distintivo y, de ser así, cuáles son sus contenidos generales? ¿Cuáles son las reglas básicas del razonamiento jurídico "correcto"? ¿Qué se considera una reclamación jurídica "válida" y dónde podemos encontrar los estándares necesarios para emitir ese juicio? ¿Son estas normas parte de la tradición jurídica o se basan fuera del razonamiento jurídico? ¿Cuáles son los principios no examinados o supuestos fundamentales que subyacen al razonamiento jurídico? ¿Qué supuestos básicos establece el razonamiento jurídico sobre la naturaleza de los seres humanos, las estructuras sociales y las instituciones sociales como la familia o el mercado? ¿Qué valores normativos están implícitos en el razonamiento jurídico? Quizás lo más importante: ¿existe una teoría que pueda responder estas preguntas coherentes? Por ejemplo, ¿existen estándares particulares de validez en el argumento jurídico que

respondan a supuestos básicos sobre la naturaleza humana y la adhesión a valores normativos particulares? Como hemos visto, las escuelas particulares de pensamiento jurídico que se han desarrollado en torno a estas cuestiones parecen particularmente capaces de proporcionar respuestas satisfactorias. Son estas escuelas de pensamiento, más que las respuestas a preguntas individuales, las que tienen un profundo impacto en el concepto de "cómo pensar como un abogado" y, por tanto, en la educación jurídica. También tiene un impacto significativo en nuestro concepto del Estado de derecho.

Podemos hablar de jurisprudencia desde dos perspectivas: una es de afuera hacia adentro; El otro es de adentro hacia afuera. En términos del primer enfoque, podemos imaginar a un filósofo confrontando una ley y analizándola. Su tendencia es examinar los fenómenos sociales o intelectuales. Su técnica es desmontar y comprender sus estructuras intelectuales. Algunas obras jurídicas adoptan este punto de vista. Los académicos que estudian ética, filosofía analítica, ciencias políticas o sociología pueden utilizar las herramientas analíticas de su disciplina para estudiar el derecho desde su propia perspectiva. Nota 11 La ventaja de este enfoque es que permite realizar nuevos descubrimientos sobre el derecho sin limitar los horizontes debido a antecedentes similares. Este enfoque es más capaz de trascender el control de la disciplina que busca analizar. Al mismo tiempo, existe el riesgo de que una persona no jurídica pueda criticar seriamente la ley sin comprender plenamente las ricas connotaciones del razonamiento jurídico como las que se dan dentro de la disciplina.

En cuanto al segundo método, es decir, de adentro hacia afuera, podemos imaginar que un abogado se encuentra con un problema que necesita ser resuelto mediante el conocimiento y la racionalidad durante la práctica del razonamiento jurídico. Al reflexionar sobre estas cuestiones, es posible que esté intentando trascender el pensamiento convencional y mirar la profesión misma desde una mejor perspectiva. Algunas obras jurídicas adoptan esta perspectiva. Nota 12 Este enfoque proviene de las facultades de derecho y de académicos que estudian el derecho utilizando métodos de otras disciplinas pero que están bastante familiarizados con la práctica legal. El riesgo de esta

perspectiva es que el investigador jurídico puede verse inconscientemente limitado por los supuestos importantes y los procesos de razonamiento que desea estudiar y ser menos propenso a ser crítico de la profesión que está tratando de analizar.

Ambos métodos se enfrentan al mismo problema de encontrar la “perspectiva arquimediana ” . punto) Nota 13 : Hay que estar lo suficientemente cerca de la ley para entenderla, pero lo suficientemente lejos de ella para tener una perspectiva crítica. Mi propio enfoque es trabajar lo más posible desde dentro de la ley y expandirme gradualmente hacia afuera, hacia la perspectiva arquimediana. Es decir, comenzamos con problemas jurídicos reales que un abogado (o, más importante aún, un estudiante de primer año de la facultad de derecho) podría enfrentar, y luego planteamos preguntas que un practicante reflexivo de argumentación jurídica podría hacer. Este enfoque de adentro hacia afuera no es necesariamente mejor, pero es más probable que identifique los problemas que los estudiantes de derecho pueden encontrar en su primer año.

Sin embargo, sea cual sea el punto de partida, los intentos de construir una perspectiva arquimediana pueden estar plagados de riesgos. Cuando nos situamos fuera de la ley y observamos fríamente su estructura, ¿dónde está nuestra base? Podemos tomar el punto de vista de otras disciplinas, como la ética, la historia o la teoría política, y utilizar sus herramientas para analizar el razonamiento jurídico; Si es así, debemos confiar en la idoneidad de esas herramientas analíticas. En el proceso de exploración, querremos encontrar una base disciplinaria sólida para estudiar todos los objetos. También queremos seguir el ejemplo de Platón y salir de la cueva para ver la apariencia "real" de las cosas. Nota 14 . Siguiendo las lecciones de la mayor parte de la filosofía del siglo XX, no tengo intención de intentar encontrar una base puramente neutral y sólida sobre la cual justificar o justificar la ley. Tampoco pretendo construir una estructura disciplinaria jerárquica, argumentando que algunas disciplinas son más "fundamentales" que otras. Cuando tratamos de comprender o analizar reglas lógicas, nunca podemos escapar de las limitaciones de las reglas. Todo lo que podemos hacer es aplicar nuestra propia lógica para

analizar estos argumentos, lo que inevitablemente conducirá al problema del razonamiento circular.

Sin embargo, es posible mantener una distancia moderada respecto de determinadas reglas para poder observarlas más adecuadamente. Podemos pasar de una disciplina a otra para obtener diferentes perspectivas y entendimientos sobre "pensar como un abogado". Hacerlo es muy parecido a cómo las múltiples pinturas de Monet de la Catedral de Rouen pueden darnos una comprensión más profunda de esa catedral, aunque ninguna pintura sea más "correcta" que las demás. Nota 15 La jurisprudencia no puede probar que una teoría jurídica particular sea correcta o que el razonamiento jurídico pueda basarse en supuestos no controvertidos. Pero podemos entender mejor lo que significa pensar como abogado si lo miramos desde una perspectiva diferente.

Para entender qué significa pensar como abogado, o para comprender mejor qué es el Estado de derecho, necesitamos revisar algunas de las cuestiones "clásicas" que sirven de base al debate jurídico contemporáneo pero que han pasado de moda. La mayoría de los escritos académicos contemporáneos son técnicos y, comprensiblemente, están escritos para expertos. Generalmente se presupone que el lector está al tanto de los debates históricos que dieron lugar a los problemas contemporáneos. La mayoría de los estudiantes de derecho (y algunos profesores) no están familiarizados con estos debates históricos. Comprender la historia intelectual del debate jurídico contemporáneo nos ayuda a comprender las escuelas de pensamiento que siguen teniendo un impacto en la educación jurídica e interpretan los problemas contemporáneos. Por ejemplo, es útil considerar la predilección por la teoría literaria, la teoría económica y la teoría política en la educación jurídica como en parte resultado y reflejo de los debates jurídicos de generaciones anteriores de académicos. Aunque algunos debates jurídicos contemporáneos van más allá de cuestiones básicas resueltas por generaciones anteriores, esas cuestiones en sí mismas siguen siendo cuestiones fundamentales para el razonamiento jurídico, y cada generación de estudiantes de derecho debe afrontarlas de nuevo. Así que vamos a examinar parte de esta historia intelectual.

Puede que no podamos resolver todas las preguntas sobre lo que significa "pensar como un abogado", pero los

estudiantes que sean más conscientes de esta discusión se beneficiarán más de su educación jurídica. Pueden comprender mejor el currículo y los debates docentes que les preocupan. Pueden comprender su relación con la ley y el razonamiento jurídico, que a primera vista puede parecerles confuso. Como mínimo, pueden entender el legado legal de este argumento.

En este sentido, este libro puede desempeñar el papel de "finalización de la escuela ". escuela Nota 16 La función de este enfoque es ayudar a los estudiantes de derecho (así como a sus profesores y otros profesionales del derecho) a comprender la cultura de la profesión que ejercen. Este libro también puede ayudar a los ciudadanos que están interesados en el estado de derecho y quieren entender si los jueces "siguen" la ley o "crean" la ley, para que puedan entender el contexto relevante y los antecedentes de estas cuestiones. Luego podrán ofrecer sus propias ideas. Éstos son los lectores que espero con ansias.

Nota 2 : Edwin W. Patterson, *El método de casos en la educación jurídica estadounidense: sus orígenes y objetivos* , 4 J. LEGAL EDUC. 1, 2–3 (1951).

Nota 3 : *Véase* Alan A. Stone, Legal Education on the Couch, 85 HARV. L. REV. 392, 398–401 (1971). Discusión Las creencias que a menudo carecen los estudiantes de derecho de primer año antes de comenzar su educación jurídica conducen a un período más largo de incertidumbre sobre varios aspectos de su identidad, incluidos los profesionales, personales e ideológicos. .

Nota 4 : *Véase* Oliver Wendell Holmes, Brown University-Commencement 1897, *en* COLLECTED LEGAL PAPERS 164, 164–65 (1920) (reconociendo la afirmación de Edmund Burke).

Nota 5 : Sam Hurt, “Fish Law”, Eyebeam.

Nota 6 : John Rawls, Una teoría de la justicia 235 (Harvard Univ. Press 1971).

Nota 7 : *Id.* en 239–40.

Nota 8 : *Véase* LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW (Yale Univ. Press rev. ed. 1969), 152–86.

Nota 9 : La escuela de procedimiento legal se centra en casos generales de derecho privado en lugar de casos importantes que involucran disputas constitucionales y establece teorías de razonamiento legal. Véase págs. 107-108.

Nota 10 : *Véase* el capítulo 4 (págs. 66–82 para el capítulo completo).

Nota 11 : Para debates sobre académicos que lo hacen, *véase, por ejemplo,* , Gerald Turkel, *Michel Foucault: Derecho, poder y conocimiento,* 17 JL & SOC'Y 170, 178–87 (1990), y Michael Clarke, *Sociología del derecho de Durkheim* , 3 BRIT. JL & SOC'Y 246, 246–51 (1976).

Nota 12 : *Véase, por ejemplo.* , FULLER, LA MORALIDAD DE LA LEY, 152–86.

Nota 13 : RAWLS, UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA, 260–63.

Nota 14 : PLATÓN, REPÚBLICA 514a–16c (trad. de GMA Grube, rev. de CDC Reeve 1992).
Nota 15 : *Véase en general* Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: una vista de la catedral* , 85 HARV. L. REV. 1089, 1090 n.2 (1972).
Nota 16 : Nota del editor: Se refiere a la etapa final de finalización de los estudios después de recibir la educación escolar tradicional.

Capítulo 2:
El misterio de la cueva

A los estudiantes se les enseña a pensar como abogados, principalmente exigiéndoles que lean y analicen opiniones escritas de jueces de tribunales de apelaciones. Esto no se debe a que el razonamiento incorporado en estas opiniones sea la única (o incluso la principal) actividad mental de la práctica jurídica. De hecho, los abogados dedican la mayor parte de su tiempo a diversas tareas intelectuales, como negociar contratos, redactar documentos, investigar y analizar pruebas fácticas, tomar decisiones comerciales para la firma, interrogar a testigos, etc. Una reforma valiosa en la educación jurídica incluye el desarrollo de clínicas jurídicas . clínica La nota 17 se centra en otras técnicas jurídicas. "Aprender a pensar como un abogado" se refiere a una tarea especial en la que los abogados son capaces de determinar las obligaciones "legales" de sus clientes. Las opiniones de los tribunales de apelaciones son un modelo de cómo los jueces realizan esta tarea. Estos modelos toman información legal confiable (como estatutos, contratos o decisiones judiciales pasadas) y la aplican para responder la respuesta legal requerida en una situación particular.

En el sistema de derecho consuetudinario, las opiniones de los tribunales de apelación son en sí mismas una fuente importante de obligaciones legales , en particular en los cursos de primer año de derecho, como derecho de propiedad, agravios y contratos. También son fundamentales para la educación jurídica, principalmente porque proporcionan modelos para el pensamiento intelectual y para identificar el “significado” de la ley. Ésta es la actividad intelectual específica a la que se refiere el concepto de pensar como un abogado.

Las opiniones de los tribunales de apelación no son el único modo de razonamiento jurídico sobre lo que significa la ley o lo que exige. Los artículos en revistas jurídicas y las opiniones escritas en despachos de abogados también pueden servir como diferentes modelos de referencia. Sin embargo, las opiniones de los tribunales de apelación son a la vez una fuente autorizada de derecho y un modelo de razonamiento jurídico, por lo que cumplen una doble función en los cursos de las facultades de derecho. Y son de fácil acceso.

La opinión del tribunal de apelación también puede servir como opinión autorizada para resolver disputas legales. Dado que los tribunales tienen el poder de resolver todo tipo de disputas jurídicas, ¿por qué no se les otorga también el poder de crear "leyes" sobre cuestiones de razonamiento jurídico? De hecho, algunos tribunales a veces dictan reglas de interpretación estatutaria o contractual que tienen precisamente esta implicación. Pero, en general, los tribunales no han resuelto explícitamente debates importantes sobre la naturaleza del razonamiento jurídico, dejando a jueces, abogados y académicos libres de dedicarse a reflexiones extrajudiciales sobre lo que significa pensar como un abogado . debate) jurídico . Nota 18

En cualquier caso, las opiniones judiciales son plantillas de fácil acceso y, en la práctica actual, también son la principal vía para que los estudiantes de derecho exploren el razonamiento jurídico. Por lo tanto, pueden utilizarse como puntos de entrada para explorar los principales problemas a los que se enfrentan los estudiantes de derecho cuando aprenden a pensar como abogados. Así que vamos a mirar una de esas opiniones como punto de partida, aunque sea un caso ficticio, el de Ron. Fuller (Lon El artículo de Fuller "El misterio de la caverna " Caso de el Espelúcido Exploradores). Nota 19

Opiniones de los jueces en este caso

A mediados del siglo XX, Fuller pasó la mayor parte de su carrera enseñando en la Facultad de Derecho de Harvard, y también fue el filósofo jurídico más destacado de esa generación en los Estados Unidos. Este libro continuará discutiendo sus obras. La profundidad de los pensamientos de Fuller a menudo está oculta en su estilo de escritura conciso. "El misterio de la caverna" está escrito en un estilo sencillo y de fácil lectura, pero plantea preguntas profundas. Utilizaremos esto como punto de partida para explorar estos temas, pero vale la pena leer el artículo en su totalidad.

una opinión escrita por cinco jueces de la Corte Suprema en Newgarth en 4300 . El caso fue una apelación contra la pena de muerte para cuatro exploradores que mataron y canibalizaron a uno de sus compañeros después de estar atrapados en una cueva durante 23 días. Habían confirmado cuidadosamente con los médicos fuera de la cueva que no podrían sobrevivir sin suplementos nutricionales. Acordaron

mutuamente seleccionar una víctima por sorteo, aunque la víctima cambió de opinión antes del sorteo real. Los cuatro acusados fueron declarados culpables y condenados de conformidad con la siguiente ley: "Quienquiera que cause intencionalmente la muerte será condenado a muerte". Nota 20 Aunque los hechos del caso son inusuales, las afirmaciones contradictorias en la opinión siguen un estilo familiar de argumentación jurídica.

La opinión del presidente del Tribunal Supremo Chupenny enumeró principalmente los hechos, citó la ley estatutaria y dijo que "no hay excepción en este caso bajo la ley, incluso si la compasión nos hace querer perdonar a aquellos que se han visto atrapados en tal tragedia", y abogó por que se confirme el veredicto de culpabilidad. Nota 21 Sin embargo, argumentó que la Corte Suprema debería estar de acuerdo con el jurado y el juez de primera instancia y recomendar que el gobernador otorgara el indulto, algo que Trupany estaba bastante seguro de que el gobernador estaría dispuesto a hacer.

El juez King también acordó confirmar el veredicto original. Comenzó señalando que había dos cuestiones que no le correspondía decidir: primero, si los exploradores tenían alguna justificación moral para matar a sus compañeros; y segundo, si el gobernador debía conceder la amnistía (aunque dijo que lo haría si fuera gobernador). Su papel es el de un juez, que sólo necesita determinar si la conducta del acusado está prohibida por la ley. Para él, es evidente que el acusado "causó intencionalmente la muerte" según el sentido literal de la ley. Nota 22 Dijo que los demás jueces encontraron el caso difícil de resolver simplemente porque no les gustó el resultado. Pero eso no tiene nada que ver con su trabajo. Deberían aclarar los aspectos legales del caso, que es lo único que le debe preocupar a un juez; Los aspectos morales del caso no son lo que debería preocupar al juez.

El juez Handy dijo que el veredicto de culpabilidad debería ser revocado y criticó a sus colegas por encubrir una simple cuestión humana con una "cortina de texto legal" y un "razonamiento retorcido". Nota 23 La verdadera pregunta es cómo debería el gobierno de Newgarth tratar al acusado. Se trata de una cuestión de «sabiduría práctica» y de «realidad humana» más que de «teoría abstracta». Nota 24 La

política es un "asunto humano" y no debe regirse por "palabras en papel o teorías abstractas". Nota 25 No debemos considerar la forma y los conceptos abstractos de la ley como un fin en sí mismo, sino más bien como una herramienta que puede ajustarse según los hechos del caso. De lo contrario, la ley se volverá inflexible, alejada del sentimiento público e incapaz de mantener la estabilidad a largo plazo. Es importante señalar que el 90% del público en general cree que el acusado no debe ser ejecutado. El poder de indulto del Jefe del Ejecutivo por sí solo no es suficiente, porque un pariente de Handy le dijo que el Jefe del Ejecutivo es un hombre sin corazón y que no indultará al acusado.

Para Handy, Chupenny y Kim, el estancamiento sobre las formalidades en este caso fue selectivo. Aunque creen que la adhesión de los jueces al estado de derecho es importante para el orden de gobierno, están felices de permitir que otros funcionarios gubernamentales, como fiscales y jefes ejecutivos, ejerzan una discreción casi ilimitada. Sería mejor para la sociedad si los jueces también consideraran el sentido común basándose en los hechos del caso.

El juez Foster apoyó la anulación del veredicto de culpabilidad por dos motivos distintos. En primer lugar, argumenta que la "ley positiva" de Newgarth no se extiende a las cuevas. La base efectiva del derecho positivo es que las personas pueden coexistir en sociedad. Nota 26 Esto no es posible en cuevas. Si no existe una ley positiva, el explorador se encuentra en un "estado natural". Nota 27 No violaron las leyes de Newgarth, porque en términos generales, el consentimiento para ser gobernado es la base contractual de la ley, y al aceptar echar suertes para determinar la vida y la muerte, crearon otro conjunto de leyes para sí mismos. Su comportamiento no es extremadamente anormal. Cada decisión de construir una autopista o un túnel crea un riesgo de muerte. Incluso la decisión de rescatar a los exploradores resultó en la muerte de diez trabajadores en el proceso de mover las rocas. Entonces, ¿qué tenía de malo que aquellos exploradores mataran a una persona de su grupo para salvar a las otras cuatro?

En segundo lugar, Foster sostiene que incluso si las normas jurídicas de Newgarth se aplicaran a los

exploradores, no violaban la ley. Estuvo de acuerdo en que la ley debe ser obedecida, pero el significado de la ley escrita debe buscarse en su propósito y no sólo en la interpretación literal. La Corte Suprema ha creado excepciones a la legítima defensa incluso cuando el texto del estatuto no menciona tal excepción, porque negarse a reconocer la legítima defensa no sirve al propósito del estatuto (disuadir de matar). De manera similar, el simple hecho de aplicar la letra de la ley no disuadirá el asesinato porque "podemos estar seguros de que su decisión sobre la vida o la muerte no estará determinada por nuestras leyes penales". Nota 28 Los legisladores no querrían que los tribunales se apegaran a la letra de la ley y socavaran el propósito legislativo, de la misma manera que si ocurriera un accidente, los padres también querrían que la empleada doméstica "dejara lo que estaba haciendo y corriera" a salvar al bebé.

El presidente del Tribunal Supremo Tadin sintió simpatía por los exploradores, pero le disgustó su "conducta atroz" y no pudo aceptar el argumento de Foster. En primer lugar, ¿cómo podrían aquellos exploradores no estar regidos por la ley positiva de Newgarth? Si caen en una cueva o mueren de hambre, ¿no están sujetos a la ley? Si un explorador alcanza la mayoría de edad en una cueva, ¿no tiene derechos bajo la ley positiva de Newgarth? En cualquier caso, la Corte Suprema debe estar sujeta a la ley positiva de Newgarth, incluso si los exploradores no lo están. Y la interpretación del derecho natural por parte del Presidente del Tribunal Supremo Foster fue tan confusa que hizo que el derecho de los contratos fuera más fundamentalmente importante que el derecho penal del asesinato.

En segundo lugar, Tadin sostiene que el propósito disuasorio de la cita del estatuto por parte del juez Foster es simplemente inútil. La disuasión es sólo uno de los propósitos de la ley; Otra es proporcionar una salida ordenada a la justicia retributiva. Incluso si la disuasión fuera el único objetivo, ¿el temor de ser etiquetados como asesinos y ejecutados no haría que los exploradores esperaran al menos unos días más? La lógica estándar de la excepción de legítima defensa no es, como sostiene Foster, que el propósito de la ley sea disuadir el asesinato. Por el contrario, la razón de la excepción de legítima defensa es que el acto de causar la muerte en legítima defensa no es

"intencional". Si el derecho penal no debe aplicarse para producir resultados incompatibles con el propósito de disuadir el homicidio, ¿cómo explica Foster el caso Commonwealth *v . Valjean* , que sostenía que el hambre no era motivo para robar pan. En resumen, dado que no existe ningún "principio consistente y racional" detrás de la ley, la apelación de Forster a dicho principio es seriamente errónea. Tadin no pudo aceptar la metodología de Foster ni tampoco pudo proponer una propia, por lo que no expresó una opinión sobre el caso.

El juez King también atacó la metodología de Foster. Aunque Foster expresó su compromiso con el principio tradicional de supremacía legislativa, su enfoque de encontrar "lagunas" en la ley y abordarlas basándose en el propósito de la ley en realidad le permitió modificarla. Su práctica de asignar un propósito único a los estatutos, como muestra Tadin, ignora el hecho de que los estatutos pueden tener múltiples propósitos. Y quizá lo más importante es que no tienen ningún propósito real. Las leyes contra el asesinato reflejan una aversión al asesinato; Intentar darles un propósito más específico es como "un abogado que argumenta que las leyes que regulan las cualificaciones médicas son buenas porque aumentarán el nivel promedio de salud y, por lo tanto, reducirán las primas de los seguros de vida. Esto es sobreinterpretar lo obvio". Nota 29 Quizás los legisladores de la ley de asesinato estaban genuinamente preocupados o disgustados por el canibalismo. Nota 30 Nunca podremos conocer realmente sus intenciones originales. Si no podemos descubrir el verdadero propósito de la legislación, ¿cómo podemos llenar los vacíos legales? El enfoque de Foster le recordó a King a "un hombre masticando un zapato. Cuando le preguntaron a qué sabía, dijo que lo que más le gustaba eran los agujeros del zapato". Nota 31

Sin embargo, el Rey no pudo explicar la excepción a la defensa de legítima defensa. Simplemente argumentó que el caso en cuestión no involucraba defensa propia, por lo que el propósito de esta defensa de excepción era irrelevante para el caso. El estricto cumplimiento de la letra de la ley recordará al público que tiene una responsabilidad legislativa; Y si hubiera problemas con la legislación sobre legítima defensa, los legisladores la habrían modificado hace mucho tiempo.

Debido a que Tadin renunció a su posición sobre el caso, la opinión de la Corte Suprema quedó dividida, lo que significa que aún no se ha decidido si la decisión del tribunal inferior es válida o no.

De hecho, la descripción que hace Fuller de estas opiniones es mucho más rica que la breve reseña que hemos dado aquí, pero incluso esta visión general resalta los principales estilos de argumentación que vemos en las opiniones judiciales. Como señala Fuller en su breve epílogo: Nota 32

El propósito de construir este caso es únicamente guiar a los lectores a comprender ciertas diferencias entre la jurisprudencia y la gobernanza política. Estos argumentos presentan vívidamente los problemas de elección en la era de Platón y Aristóteles. Tal vez un dilema de elección similar se presente también en nuestro tiempo. Si este caso puede predecir algo, es sólo que los problemas involucrados son problemas eternos para la humanidad.

¿Qué prevé realmente la ley y qué debería prever?

Al escuchar una pregunta simple y práctica (aunque imaginaria) —decidir si confirmar una condena— los jueces se enfrentaron a complejas cuestiones teóricas de razonamiento jurídico. Para obtener el resultado correcto, primero hay que decidir cuál es el método apropiado para resolver las disputas legales. De hecho, los desacuerdos entre los jueces se centran casi exclusivamente en la metodología. No hubo ningún desacuerdo importante sobre los hechos. No están de acuerdo sobre qué hechos son relevantes, pero la disputa es sobre el método, no sobre los hechos. Los jueces pueden estar en desacuerdo sobre la pena de muerte y el canibalismo, pero si analizamos el texto de sus argumentos, las diferencias radican principalmente en el papel del juez y el método de juicio que debe adoptarse. Entonces, ¿son realmente diferentes los jueces?

En lo que todos están de acuerdo es en que su trabajo es "cumplir la ley". Puede que estén en desacuerdo sobre el medio para determinar el significado de la ley, pero ninguno de ellos se consideraría “desobediente” a la ley.

A menudo damos por sentado que los jueces deben "seguir" la ley, pero esta afirmación en sí misma es un enfoque legal. Podríamos imaginar un sistema "legal" en el que los funcionarios públicos resuelvan los asuntos según su propio sentido de moralidad, tal como un jefe tribal

determina lo que es correcto para la tribu. Sin embargo, nuestro sistema legal requiere que los jueces, otros administradores y los individuos obedezcan un conjunto de normas jurídicas autorizadas emitidas por el gobierno central. El hecho de que demos por sentada esta parte del razonamiento jurídico no disminuye su importancia. Al parecer ningún juez en el caso Speluncean negó este elemento. Podemos dudar de que algún juez (especialmente el juez Handy, pero otros también) sea lo suficientemente sabio como para tomar decisiones sin tener en cuenta las normas jurídicas, pero la pregunta es sobre el poder y la insuficiencia del razonamiento jurídico. En la superficie, cada juez todavía respeta nominalmente la ley. Incluso el presidente del Tribunal Supremo Handy aboga por interpretar la ley basándose en las opiniones del público en general en lugar de en sus propios valores morales. La pregunta es qué exige la ley, y esto depende del método de razonamiento jurídico.

Si los jueces consideran que su papel es decidir cuál es la manera “moralmente correcta” de tratar a los exploradores (es decir, se consideran “legisladores”), deberían articular y argumentar la cuestión moral de cómo se debe tratar a los exploradores. Las clases de la facultad de derecho a menudo se centran en cuestiones tales como si determinadas normas sobre responsabilidad civil o derecho contractual se ajustan a las expectativas sociales. Estos debates suelen suscitar discusiones animadas, especialmente si el tema en sí es controvertido. Pero a menudo toman una posición "fuera" de la ley para criticar la ley, en lugar de interpretar la ley desde el punto de vista legal.

Este punto en sí mismo es controvertido. Por ejemplo, el juez Handy podría considerar que muchos factores, como la opinión pública, ocurren internamente a la ley; El juez King argumentaría que son externos. De hecho, como veremos más adelante, algunas escuelas de pensamiento jurídico creen que la distinción interno/externo es insostenible. A menudo, los estudiantes se confunden sobre si una discusión en clase cae dentro del ámbito de la ley o fuera de él. Sin embargo, los debates en las aulas a menudo no evitan adoptar una postura extralegal para criticar la ley, un argumento que estos jueces tal vez ya hayan presentado.

Aparte de lo que realmente establece la ley, la cuestión más debatida es qué debería establecer la ley. La incorporación de estos debates en las aulas de derecho

requiere una perspectiva jurídica; o, con fines pedagógicos, aunque ocurran fuera de la ley, es beneficioso para los abogados explorarlos. La cuestión aquí es que hay otra fuente de desacuerdo jurídico, que también ha dado lugar a un animado debate jurídico: dejando de lado lo que la ley debería establecer, ¿qué métodos deberían utilizar los jueces (y los abogados) para determinar lo que la ley realmente establece (una distinción que en sí misma puede ser igualmente inapropiada)? Como se mencionó anteriormente, al menos a juzgar por las opiniones, en el "Caso Speluncean", el principal desacuerdo entre los jueces fue sobre qué método debía adoptarse.

Entonces, ¿en qué aspectos difieren los jueces en cuanto al enfoque? Hay al menos cinco puntos: 1. ¿Cuál es la fuente de la ley? 2. ¿Hasta qué punto deben ser “formales” las leyes formales? 3. ¿Cuál es la relación entre el derecho y la moral? 4. ¿Cuál es la relación entre los tribunales y otros sistemas? 5. ¿Cómo debemos extraer significado de los materiales jurídicos? Los desacuerdos de los jueces sobre estas cuestiones no son irrelevantes; Cada juez tiene una opinión sobre cuestiones individuales, lo que afecta sus opiniones sobre otras cuestiones. Esta serie de respuestas representa diferentes escuelas de pensamiento jurídico, lo que afecta el significado de "pensar como abogado" y el concepto de estado de derecho.

Para el juez King, la fuente del derecho es la promulgación legislativa formal. Podemos suponer que también reconocería las decisiones de los tribunales ordinarios o las disposiciones de la Constitución como fuentes de derecho, ya que son adoptadas por órganos formales de gobierno que ejercen su autoridad. Para él, no es posible encontrar la ley en la naturaleza, la cultura o los fines sociales; La ley proviene de la proclamación de las autoridades gubernamentales.

El enfoque del juez King para aplicar la ley era altamente formalista. Una decisión formal es aquella en la que quien toma las decisiones (en este caso, un tribunal) sigue una regla sin utilizar toda la información relevante disponible. La norma prohíbe la utilización de información a la que no se refiere.[33] Así, para King, los únicos hechos relevantes para la decisión legal eran aquellos ya indicados por el estatuto: si el explorador "tenía la intención de causar la muerte de otra persona". Lo hace no porque piense que otra información sea irrelevante para el tratamiento moral de los

exploradores o para lo que es mejor para la sociedad en su conjunto. Tal vez los exploradores eran gente honesta y condenarlos a muerte entristecería a mucha gente. Tal vez los exploradores estén en camino de curar el cáncer. Estos hechos pueden ser relevantes para la cuestión última del bien y el mal y de la política social, pero el texto legal no los señala. La ley escrita actúa como una pantalla opaca que impide que los jueces consideren estos factores.

El formalismo es diferente de la arbitrariedad . Un creador de normas puede (y se presume que debe) considerar todos los hechos y políticas relevantes al decidir el contenido de una norma para producir resultados generalmente deseados. Pero de acuerdo con el requisito de formalización, una vez establecidas las reglas, éstas son la base de las decisiones, más que las políticas que dan lugar a las reglas que regulan las decisiones. Las reglas son escudos opacos que impiden a los jueces examinar las políticas que las motivaron y considerar hechos que las reglas no especifican explícitamente. En cuanto a si este enfoque es bueno o incluso posible, dejemos esta cuestión de lado por ahora y discutámosla más adelante. Lo importante aquí es que éste es el resultado deseado de la formalización.

El juez King también abogó por una distinción estricta entre ley y moralidad. Esto no significa que el contenido de las normas jurídicas no coincida a menudo con el de las normas morales. De hecho, uno esperaría que los legisladores tuvieran en cuenta la moralidad (o algún sistema normativo) al hacer leyes. El rey defiende una distinción entre ley y moralidad, pero esto no significa que la moralidad no prohíba matar como la ley. Pero los jueces pueden y deben determinar el verdadero significado de la ley sin dejarse influenciar por cuestiones morales . Si los resultados muestran que existe un conflicto entre la ley y la moral, entonces reconozca el conflicto. Quizás esa sea la razón por la que los legisladores deberían cambiar la ley, pero eso no afecta la interpretación que hacen los jueces de lo que es la ley.

moralidad es característica del positivismo . Cuando Forster distinguía entre «derecho positivo» y «derecho natural», también tendía al positivismo jurídico; El primero provenía de la promulgación de las autoridades gubernamentales, mientras que el segundo se originaba en la naturaleza, no se veía afectado por las acciones del gobierno y estaba estrechamente relacionado con la moral.

Respecto de la importancia del derecho positivo, el propio enfoque de Foster no distingue estrictamente entre derecho y moralidad, pero aun así está influenciado por el positivismo para hacer tal distinción. King fue un firme defensor del positivismo.

El Rey también tiene opiniones particulares sobre el papel institucional de los tribunales y su relación con otros mecanismos de gobierno. Los tribunales deben estar absolutamente subordinados al poder legislativo. Deberían ser negativos, no positivos. Deberían respetar la voluntad legislativa (si los legisladores la han expresado) en lugar de moldear la dirección de la ley por su cuenta. Pocas otras cuestiones jurídicas contemporáneas son tan... activismo La nota 34 ha atraído la atención del público. En cuanto a la legislatura, King insistió en que los tribunales deben mantener un papel pasivo, lo que también refleja su insistencia en la democracia. También refleja puntos de vista fundamentales sobre las funciones y profesiones de los tribunales y las legislaturas. Las legislaturas tienen mejores recursos para recopilar información y buscar la opinión pública. En cualquier caso, la postura judicial del Rey refleja el fundamento de los valores y también refleja la realidad y el deber del mundo político.

El activismo judicial no es sólo una cuestión relacionada con la legislación. Los jueces también deben juzgar si los tribunales deben asumir un papel activo o pasivo en relación con otros mecanismos, como las decisiones del poder ejecutivo, las decisiones relativas a los estilos de vida individuales, las decisiones que reflejan transacciones de mercado y las decisiones anteriores de los propios tribunales. Algunos tribunales han defendido una postura negativa hacia algunos mecanismos, como la legislatura, pero una postura positiva hacia otros, como los contratos privados que reflejan decisiones del mercado. El juez King no tuvo que enfrentarse a la cuestión de la posición de la Corte, y su principal razón para la deferencia de la Corte hacia la legislatura (la democracia) no se aplica a otros mecanismos. Así que no estamos seguros de lo que va a decir.

Una idea importante relacionada con la afirmación de que los tribunales deberían someterse a la legislación es que los diferentes organismos gubernamentales desempeñan diferentes papeles en la organización de nuestra sociedad y, por lo tanto, tienen diferentes formas de

llevar a cabo sus tareas. El papel del poder legislativo es hacer la ley; El papel de los tribunales es interpretar la ley, al menos cuando el legislador ha expresado una opinión. El Rey puede creer que hay espacio para que los tribunales creen leyes sobre cuestiones que no están explícitamente establecidas por la legislatura pero que son interpretadas por el poder judicial. Pero no podemos saberlo con seguridad.

La opinión del juez Chupenny fue similar a la de King y también distinguió entre funciones legislativas y ejecutivas. La decisión de conceder o no una amnistía es responsabilidad del jefe del ejecutivo y se toma de un modo muy diferente a los tribunales. Ésa no es tarea de los tribunales.

Finalmente, King apela a una teoría de la explicación o del significado. Para él, el significado de la ley puede y debe entenderse simplemente con las palabras mismas: ¿Los exploradores "mataron" intencionalmente a "otra persona"? La defensa de la legítima defensa se basa en lo que significa hacer algo "intencionadamente", no en el propósito general del estatuto o en el propósito de promover una política social particular. El método del Rey es el literalismo . En la superficie, la semántica es diferente del formalismo . La teoría semántica habla del significado; La teoría del formalismo se aplica a la semántica sin importar nada. Sin embargo, a un nivel más profundo, las dos teorías están relacionadas, como también lo está la opinión mayoritaria de King sobre cuestiones judiciales. Volveremos a esta conexión más adelante.

Cómo interpretan los jueces el texto legal

La jurisprudencia del Rey se define por las siguientes creencias: positivismo, formalismo, la distinción entre derecho y moralidad, la deferencia de los tribunales a la legislatura y literalismo. Si estas cuestiones fueran independientes entre sí, se podría imaginar docenas de escuelas de derecho diferentes; Pero no son cosas completamente independientes. Las posiciones del Rey también están interrelacionadas. En este sentido, sus opiniones jurídicas se entrelazan de una manera única y sutil.

La adopción del formalismo por parte del Rey está relacionada con su creencia de que los tribunales deben obedecer a la legislatura. Los jueces deberían considerar los hechos que las legislaturas consideran importantes, en lugar de considerar todos los hechos y llegar a la conclusión

que creen correcta basándose en sus propios puntos de vista sobre cuestiones individuales. Debería ser el legislador, no el juez, quien decida si ciertas circunstancias atenuantes excusan una conducta que de otro modo constituiría homicidio intencional. Para que los jueces respeten la autoridad legislativa, ésta debe poder comunicar sus decisiones autorizadas a los jueces. Considerando solo la eficiencia, es claro que el legislador no puede considerar los hechos de cada caso y tomar decisiones individuales por sí solo, y sería una carga pesada (imposible) considerar cada hecho concebible antes de establecer reglas. Las reglas generales que se refieren a hechos relevantes específicos (y por tanto a su naturaleza formal) permiten al legislador formular normas que se aplican en muchos casos.

Las legislaturas pueden delegar su autoridad "real" a los tribunales, o pueden establecer normas que permitan una amplia discreción, como establecer una "regla" según la cual quienes matan sin justificación deben ser castigados adecuadamente . Pero es posible que la legislatura no confíe en que los jueces tomen las decisiones correctas y podría crear reglas más formales para controlar y equilibrar a los jueces. La formalización es una forma de limitar el alcance de la discreción de los tomadores de decisiones, limitando así la flexibilidad con que pueden aplicarla. Esto aumentará la “lealtad” de quienes toman las decisiones.

Podemos entender por qué los legisladores establecen reglas formales. Pero ¿por qué los jueces adoptan un enfoque formalista al aplicar estas reglas? Son dos temas diferentes, pero están estrechamente relacionados. Si los jueces pueden considerar hechos, políticas y valores que no están abordados por la norma en sí, estarán menos restringidos y podrán socavar el propósito del legislador al adoptar reglas formales en primer lugar. Así, un juez como King, que cree que los jueces deben obedecer la legislación, querrá adoptar métodos formales para asegurarse de que él cumple la legislación y que sus colegas jueces hacen lo mismo.

No se trata aquí de medir las ventajas del formalismo. Los oponentes del formalismo podrían argumentar que es demasiado inflexible o que las restricciones son sólo cosméticas, ya que las reglas formalizadas aún pueden ser manipuladas. De hecho, el formalismo es controvertido y volveremos a tratarlo en su momento. La clave aquí no es medir si el formalismo es apropiado, sino entender que la defensa del formalismo por parte de King está relacionada

con su creencia de que los tribunales deben obedecer la legislación.

La creencia del juez King de que los tribunales deben obedecer la legislación implica un valor político fundamental: la democracia. La conexión es obvia y directa: el poder legislativo es el órgano democrático de representación. Pero las posiciones jurídicas también pueden estar vinculadas a valores morales o políticos fundamentales de formas más complejas. Por ejemplo, la toma de decisiones formalizada podría mejorar nuestra capacidad de predecir el comportamiento del gobierno (porque los jueces sólo pueden considerar un número limitado de hechos) y así facilitar la toma de decisiones individual a través de transacciones de mercado. Esto a su vez sugiere que la lógica jurídica favorece las transacciones de mercado por sobre otras formas de organización social. Hay algunos escritos jurídicos muy perspicaces que exploran la conexión entre la estructura lógica del derecho y valores políticos importantes. Gran parte del excelente trabajo que ha surgido del movimiento de estudios jurídicos críticos también revela esta conexión, como analizaremos más adelante. Nota 35 La cuestión aquí es que diferentes posiciones jurídicas sobre diversos mecanismos y métodos pueden apelar a diferentes valores morales, políticos y sociales subyacentes. La posición jurídica del Rey refleja esta conexión: un formalismo impulsado por la creencia de que los tribunales deben obedecer la legislación y, por lo tanto, por una creencia política en la democracia.

Estas dos creencias del Rey también están relacionadas con su insistencia en distinguir entre ley y moralidad. Los valores morales son cosa que debe juzgar el legislador, no los tribunales. Al aplicar el derecho, los tribunales deberían referirse únicamente a los hechos especificados por las reglas formales y no a diversos hechos relevantes para los juicios morales. Ambas creencias dependen, en cierta medida, de la capacidad de los jueces para distinguir estrictamente entre cuestiones jurídicas y morales. Los jueces deben poder determinar lo que dice la ley sin tener en cuenta los principios morales. Incluso cuando el derecho y la ética se superponen, los jueces deben poder hacerlo.

Al final, todo se relaciona con la teoría de interpretación de King. Aunque la semántica (la creencia de que el significado puede extraerse únicamente de las palabras) puede parecer diferente del formalismo a primera vista, las

dos ideas pueden reforzarse mutuamente. El formalismo limita a los jueces a investigar únicamente los hechos especificados por las reglas (formales). Los jueces deben ser capaces de discernir estos hechos sin tener en cuenta consideraciones prácticas de elaboración de normas formales. En otras palabras, los jueces deben ser capaces de entender el significado de la regla sin considerar elementos que la regla formal no pretendía examinar. De manera similar, para mantener la distinción entre derecho y moral, los jueces deben poder determinar el significado de la ley sin considerar el concepto moral de la ley. La teoría del significado literal puede lograr ambas tareas.

Surgen otros problemas al interpretar otras fuentes de derecho, como el precedente del derecho consuetudinario. En el pasado, los tribunales podrían haber sostenido que las "reglas" podían interpretarse literalmente, al igual que los estatutos. Pero una interpretación literal no es útil si el tribunal anterior sólo ha llegado a una determinada conclusión sobre hechos específicos. Es posible que necesitemos otros métodos de interpretación y debemos evitar referirnos a las propias opiniones morales del juez.

Es difícil imaginar la interpretación de la jurisprudencia utilizando algo parecido a una interpretación literal. Puede significar que el precedente se aplica sólo cuando los hechos son los mismos, pero los hechos de un nuevo caso nunca son los mismos. La pregunta es ¿qué diferencias son lo suficientemente importantes para distinguir un caso de otro? No hay una forma literal o mecánica de saberlo. Tal vez el juez King argumentaría que la distinción entre derecho y moralidad sólo debería hacerse cuando se interpreta el derecho escrito, porque los jueces deben obedecer la legislación. No sabemos qué habría dicho, ya que no se enfrentaba a problemas de interpretación del derecho consuetudinario. Al mismo tiempo, interpretó Farqiang más allá de los hechos limitados de ese caso, argumentando que ignoraba el hecho de que la excepción de disuasión se aplicaba no sólo al robo sino también al homicidio. Sin embargo, cuando "distinguió" los casos en que era aplicable la legítima defensa, sólo dijo que este caso no implicaba la defensa de la legítima defensa y que la cuestión era si la muerte fue "intencional". Es difícil discutir una afirmación así. La cuestión es que cualquier enfoque que King defienda para interpretar la jurisprudencia afectará sus opiniones jurídicas sobre cuestiones como el formalismo, el papel de los tribunales en relación con otras

instituciones, las fuentes del derecho y la relación entre el derecho y la moral.

Handy está en el extremo opuesto del espectro de Jin. No compartía la preocupación del Rey de que los tribunales debían ser absolutamente subordinados a la legislación. Sin embargo, no afirmaba lo contrario y no solía negarse a cumplir si la directiva legislativa era clara e incontrovertida. Pero cree que los tribunales y las legislaturas trabajan juntos para garantizar que las disputas legales se resuelvan de acuerdo con la opinión pública y el sentido común. Al igual que King, Handy invoca la voluntad del pueblo, pero la legislación no es el único órgano que puede revelar o expresar la voluntad del pueblo. El propio Handy utiliza encuestas para conocer la opinión pública sobre temas específicos. Al menos en comparación con King, Handy ve a los tribunales y a las legislaturas como socios que construyen conjuntamente soluciones jurídicas coherentes con los valores compartidos. Los tribunales y las legislaturas pueden tener singularidades individuales. La legislación declara normas generales y universales, y los tribunales aplican esas normas a los hechos de casos específicos. Sin embargo, los enfoques para resolver problemas difíciles no son necesariamente binarios: la clave es lograr resultados que sean consistentes con los valores compartidos por el público.

La metodología de Handy es informal. La “regla” jurídica del derecho estatutario no puede convertirse en una pantalla opaca que impida a los jueces considerar las políticas públicas o los hechos. De hecho, debería haber pocos hechos relevantes, si es que hay alguno, que el juez no debería considerar. Incluso la información obtenida de los familiares y amigos del juez es relevante, y los estándares para tomar decisiones apropiadas son similares a los utilizados por los legisladores. Las normas jurídicas no son restricciones para los jueces; Son "herramientas" y "métodos" a través de los cuales los jueces pueden emitir juicios moral y políticamente correctos.

Sin embargo, incluso para Handy, los jueces están sujetos a ciertas restricciones formales. En algunas cuestiones, como la elección de funcionarios públicos, los tribunales deben seguir reglas formales que establezcan las reglas básicas del gobierno. Incluso en cuestiones "prácticas", ciertos hechos pueden quedar fuera del ámbito de consideración, como por ejemplo si los exploradores donaron dinero a obras de caridad; Aunque, estrictamente

hablando, esos hechos no son del todo irrelevantes para el trato que debe darse a los exploradores. Así que, para Han Di, la ley todavía tiene ciertas restricciones formales sobre los juicios. No necesitamos ridiculizar esto. Si Handi no impone una "justicia" personalizada a la tribu como un jefe tribal, todavía está en el extremo formalista del espectro.

Han Di cree que la fuente del derecho es la voluntad pública, que puede confirmarse directamente y no necesariamente tiene que pasar por el poder legislativo. La ley no es lo que una autoridad particular (como la legislatura) dice que es; También se puede comprobar a partir de la opinión pública. Este punto no necesita más discusión. Aquí hay que tener cuidado. No sabemos cómo Handy explica cómo los sheriffs o los ciudadanos pueden identificar sus obligaciones legales. ¿Debería esa persona también investigar la opinión pública, o será decisiva la decisión del tribunal? En general, Handy probablemente era un formalista acérrimo al explicar sus decisiones a otros funcionarios. Pero al menos si los jueces "piensan como abogados", la ley tiene muchas fuentes, incluido el sentido común y la opinión pública.

Handy tampoco es un defensor tan firme de la distinción entre ley y moralidad como King. Las normas jurídicas son herramientas para lograr resultados “moralmente” correctos. Handy no defiende ninguna teoría moral, pero está dispuesto a determinar qué significa la ley basándose en sus propias opiniones morales. De hecho, no sólo apela a su propia moralidad, sino que también explora las opiniones de la sociedad y del público. En cualquier caso, no creía que la ley y la moral estuvieran completamente separadas.

Finalmente, la teoría de la interpretación de Handy es muy diferente de la teoría de King. El texto no tiene un significado claro y fijo que pueda ser comprendido por el lector solo. Las palabras se utilizan para lograr un propósito específico. Son herramientas que se utilizan para construir significado y no pueden transmitir ningún significado fuera del contexto. Las palabras y los conceptos por sí mismos no tienen entidad; Son herramientas que deben utilizarse en la práctica. Lo que es más importante, son inherentemente inexactas y vagas. Por ejemplo, ¿qué significa causar “intencionalmente” la muerte de alguien? Los jueces no interpretan estas palabras pasivamente en busca de significado; Les infunden significado en un contexto particular.

¿Cual es la respuesta correcta?

Las opiniones de Handy sobre estos temas específicos también forman un todo coherente. Como la ley no debe ser formalista, no hay necesidad de impedir que los jueces consideren diversos hechos al emitir juicios. Cualquier hecho o política relevante es una herramienta a disposición del juez. No es necesario distinguir estrictamente entre derecho y moralidad. La adopción de un enfoque informal por parte del juez no le impide considerar valores morales y políticas, que en sí mismos pueden considerarse como materiales jurídicos que el juez debe considerar.

Todo esto puede verse desde una perspectiva institucional, es decir, que los tribunales no están completamente subordinados a la legislación; Más bien, son socios iguales con una misión común: promover valores comunes. Las legislaturas no son los únicos órganos de gobierno que identifican y proponen valores sociales (morales). La legislatura no necesita controlar los hechos y las políticas a las que los jueces pueden referirse al tomar decisiones. Los jueces tienen los mismos hechos y valores a considerar que los legisladores. Estos valores morales no están inherentemente fuera de la ley.

Las opiniones de Handy sobre los roles institucionales, el derecho y la moral y el formalismo están relacionadas con su teoría de la interpretación. Así como no hay necesidad de insistir en que los jueces deben evitar considerar hechos o políticas específicos al interpretar y aplicar la ley, no hay necesidad de que Handy insista en que los jueces solo pueden determinar el significado a través de las palabras. Puede reconocer e incluso explotar la ambigüedad de las palabras y la elasticidad de su significado. Fue capaz de sopesar hechos y políticas y llenar los espacios en blanco en el texto. Las palabras deben interpretarse pragmáticamente y utilizarse como herramienta para lograr justicia. La interpretación es un proceso activo, no pasivo, de uso de palabras para lograr objetivos valiosos.

Por último, las opiniones de Handy sobre estas cuestiones pueden reflejar sus opiniones sobre la sociedad y sus creencias sobre el valor de entidades específicas, aunque no lo afirme explícitamente. Su metodología otorga a los jueces mayor flexibilidad para ajustar sus decisiones en función de las necesidades individuales en casos individuales. En la medida en que esto hace más difícil para el público predecir lo que hará el juez, Handy cree que la justicia en casos individuales es más importante que el orden y la previsibilidad. Estas opiniones, a su vez, afectan a

otros valores sociales. La estabilidad y la previsibilidad pueden promover la autonomía del derecho privado en las transacciones del mercado, pero Handy no está tan convencido del valor del mercado. De hecho, este caso no implica una transacción de mercado, por lo que puede interpretar el contrato de manera diferente. Pero si esta visión se extiende de manera más general, su enfoque explicativo parece ignorar las expectativas sociales de orden, estabilidad y mercados.

Los jueces King y Handy tienen un pensamiento holístico sobre diferentes cuestiones jurídicas. Pero estas últimas opiniones son más bien integrales y no meras afirmaciones individuales.

Las opiniones legales de Foster están entre King y Handy. Los tribunales y el poder legislativo tienen deberes diferentes y los tribunales deben obedecer la legislación en el desempeño de sus funciones. La legislatura define los objetivos y propósitos que la ley pretende alcanzar, y los tribunales interpretan la ley en casos individuales de una manera que sea fiel a esos objetivos y propósitos. A diferencia de King, para Foster los tribunales no cumplían una tarea mecánica. Los tribunales deben ser fieles a la intención, los objetivos y los valores legislativos, no sólo a la letra del estatuto. El tribunal no puede sustituir su propia visión de los objetivos de la sociedad por los de la legislatura, pero puede investigar cuidadosamente esos objetivos para determinar la mejor manera de alcanzarlos en el caso individual. Los tribunales son, por tanto, servidores del legislador y deben sopesar los valores y fines que la legislación pretende alcanzar. A diferencia del juez Handy, Foster creía que los tribunales no podían elegir sus propios objetivos, metas y propósitos. Por lo tanto, el trabajo de los tribunales es diferente al del poder legislativo. Pero ninguna de estas dos agencias son peones sin mente. Necesitan evaluar metas y objetivos sociales, pero no desde su propia perspectiva. Aclaran las metas y objetivos de la legislación.

El papel de los tribunales también difiere del del poder legislativo en otro aspecto. El tribunal sólo decide casos dentro de su jurisdicción (es decir, el ámbito de su autoridad). El caso Cave estaba fuera de su jurisdicción. La cueva es sólo una metáfora. Puede haber muchos tipos de casos que estén más allá de la jurisdicción sustantiva de los tribunales y que sea mejor dejar en manos de otras ramas del gobierno, como los casos que involucran cuestiones

políticas o en los que solo se solicitan opiniones consultivas y cuyos temas no están sujetos a revisión judicial. En tales casos no hay ningún caso ni controversia que los tribunales deban decidir. O, como veremos más adelante, el caso puede involucrar un tipo particular de problema social complejo que el tribunal no tiene los recursos apropiados para abordar.

El enfoque de Foster es más formal que el de Handy, pero menos que el de King. Para Handy, la ley escrita no excluye a los jueces de considerar cualquier hecho o política social; Para Foster, la ley bloquea valores y propósitos distintos de los valores y propósitos legislativos, y también bloquea hechos que son irrelevantes para los propósitos, valores y objetivos legislativos. Pero a diferencia de la metodología de King, Foster no descarta revisar políticas, objetivos y valores, así como se puede revisar la letra de las reglas. Los jueces aún pueden considerar las políticas, objetivos y valores detrás de la creación de la ley por parte del legislador y cualquier hecho que sea relevante para esas políticas, objetivos y valores, incluso si no están expresamente establecidos en la norma misma. En concreto, Foster mencionó el objetivo de la disuasión, aunque la ley no lo establezca explícitamente.

Las fuentes de derecho de Foster son híbridas. Su afirmación de que los exploradores estaban en un "estado de naturaleza" y no en una "sociedad civil" reconoce que la ley puede existir en ausencia de órdenes gubernamentales. La ley natural, tal como la propone la teoría moral y política de los contratos, puede utilizarse para medir el comportamiento de los exploradores. Por lo tanto, Foster enfatizó la tradición de la "ley natural", creyendo que la naturaleza es la fuente de la ley, no las órdenes gubernamentales. Sin embargo, Forster no adoptó una postura firme en materia de derecho natural, ya que creía que el derecho positivo, de ser aplicable, debería sustituir al derecho natural.

Sin embargo, el juez Foster adoptó un enfoque de "derecho positivo" en su debate posterior. Él creía que la ley tiene fuentes diferentes de las defendidas por King y Handy, incluidos los "órdenes" de la legislatura (ley escrita), así como los propósitos, objetivos y expectativas detrás de los mandatos porque afectan la estructura social. Por lo tanto, el espíritu de la ley escrita es una fuente de derecho tanto como sus palabras escritas.

Respecto a la relación entre la ley y la moral, la posición de Foster está entre Handy y King. Para él, la ley y la moral no son exactamente lo mismo. Un legislador puede hacer una ley inmoral, pero aun así sigue siendo una ley válida. Algunas personas creen que Handy no llegaría a una conclusión arbitral que considerara poco ética. Por el contrario, Foster podría hacerlo. Sin embargo, Foster no está de acuerdo con la opinión de King de que la ley y la moral son completamente diferentes. Para determinar el significado de la ley, Foster sostiene que uno debe considerar lo que la ley debería significar, al menos desde la perspectiva de los valores, objetivos y expectativas del legislador. Forster no se refiere a sus propios valores morales, ni siquiera a los valores morales articulados por el público. Pero sí investiga los objetivos y valores morales de los legisladores para determinar cómo debe aplicarse la ley en casos individuales. Dado que los jueces deben (o deberían) considerar los valores morales al aplicar la ley, el derecho y la moral están necesariamente entrelazados y no pueden distinguirse estrictamente como sugiere King.

La teoría de interpretación de Foster niega que las palabras por sí mismas puedan tener significados claros y fijos y, por tanto, que los significados puedan confirmarse pasivamente con referencia únicamente a las palabras. Un juez o cualquier persona que interprete una orden debe mirar más allá de las palabras y observar el contexto, incluido el propósito de la persona que la emite. Esta no es sólo la visión "legal" de Foster. También da el ejemplo de los padres dando órdenes a sus niñeras, lo que también es una teoría general de cómo entendemos el lenguaje.

El método de interpretación del juez Foster también difiere de la teoría de Handy. Para Handy, las palabras son herramientas maleables que pueden utilizarse para lograr los resultados deseados. Por supuesto, Handy no debería pensar, como el dibujo animado del Sr. Eggman, que las palabras pueden usarse para significar lo que queramos que signifiquen.[36] Pero incluso si el significado del texto no es arbitrariamente maleable, sigue siendo bastante maleable, y las áreas grises deben resolverse con referencia a los valores, objetivos y perspectivas del lector. Para Forster, las palabras son maleables y ambiguas, y su significado debe ser explorado por los valores, objetivos y perspectivas del autor.

Al igual que King y Handy, los diversos aspectos de la teoría jurídica de Foster se reflejan entre sí. El derecho y la moral no pueden distinguirse completamente porque en la interpretación el lector debe explorar los objetivos y valores del legislador. De manera similar, la ley no puede ser completamente formalista, porque es imposible aplicarla sin interpretarla. Para interpretar la ley, los jueces deben explorar hechos, valores y objetivos que no están claramente enunciados en el texto legal.

¿Qué conclusiones se pueden sacar de la discusión anterior? Comencemos con una pregunta sencilla: ¿deberían confirmarse o revocarse los veredictos de culpabilidad de los exploradores? Este ejemplo ilustra la tarea que afrontan los estudiantes de derecho, o cualquiera que quiera pensar como un abogado: ¿Cuál es la respuesta "correcta" a un problema jurídico particular? ¿Qué estipula la ley? Esta pregunta también conduce a un desacuerdo común en las aulas de derecho: ¿cuál es el método apropiado para determinar la respuesta jurídica “correcta”? ¿Qué significa pensar como abogado? Por supuesto que éste no es el único desacuerdo. Los estudiantes a menudo no están de acuerdo sobre otros hechos y valores. La primera lección de “El caso de los exploradores espeleólogos” es que las disputas legales pueden convertirse fácilmente en debates legales, es decir, debates sobre el razonamiento legal en sí. ¿Cómo podemos saber cuál es el resultado “correcto” a menos que conozcamos la “manera” correcta de lograrlo?

King, Handy y Foster tienen diferentes enfoques para interpretar el razonamiento jurídico. No están de acuerdo sobre el origen del derecho, su formalización, la relación entre el derecho y la moral, los roles de los tribunales y las legislaturas, y los modelos de interpretación. Sus respuestas formaron diferentes bandos jurídicos y sus posiciones sobre algunas cuestiones reflejaron sus posiciones sobre otras cuestiones. Los problemas que afrontan están en el corazón de la ciencia jurídica. Los tres grupos de respuestas (o "campos legales") que propusieron representan aproximadamente las tres escuelas jurídicas más influyentes en los Estados Unidos: Formalismo legal Formalismo m), Realismo jurídico Realismo y procedimiento legal Proceso Escuela).

Hasta ahora sólo hemos dado un esbozo de estas preguntas y de las escuelas de derecho que constituyen sus respuestas. Volveremos sobre estas cuestiones a su debido tiempo. El punto clave aquí es que las cuestiones jurídicas y

las escuelas jurídicas no necesariamente se crean desde fuera del derecho. Son problemas que surgen naturalmente entre los profesionales del razonamiento jurídico. Son también preguntas que los jueces y abogados se plantean naturalmente cuando piensan en su trabajo.

¿Podemos realmente determinar el propósito de la ley?

Hemos hecho muchas preguntas, pero ¿cuáles son las respuestas? Los jueces King, Handy y Foster entendieron que para juzgar casos individuales es necesario elegir una metodología. Cada uno eligió lo que creía que era el método "correcto". Ahora, demos un paso atrás por un momento. ¿Cuál es el enfoque apropiado? Y lo que es más importante, ¿cómo respondemos a la pregunta? ¿Hay algo en el concepto de justicia que favorezca una metodología sobre otra? ¿Existen connotaciones en la forma en que entendemos el texto que sean suficientes para respaldar un método particular de interpretación? ¿Existe alguna connotación en la ley natural y la moral que apoye o niegue la distinción entre estos dos conceptos? En otras palabras, ¿existen conceptos metafísicos que puedan encontrar las respuestas a estas preguntas?

¿O acaso son estas mismas cuestiones metodológicas las que obligan a los jueces a tomar decisiones políticas y morales? Si es así ¿quién toma la decisión? ¿Debería cada juez tomar su propia decisión o deberían ser la legislatura, la Constitución o los tribunales anteriores los que resuelvan estas cuestiones metodológicas? ¿Cómo deben los jueces explicar su propia metodología? ¿Es posible para nosotros encontrar la base exacta? ¿Es posible (incluso teóricamente) llegar a respuestas sólidas a cuestiones jurídicas basándose en una metodología sólida? ¿O acaso las disputas metodológicas se caracterizan por un alto grado de incertidumbre y elección, de modo que el análisis jurídico sólo puede realizarse sobre la base del cambio? Cualquiera que sea la respuesta teórica, en la práctica está claro que los profesores de derecho no están de acuerdo sobre la metodología. Esta base cambiante y no analizada hace que aprender a pensar como un abogado sea más difícil.

Volvamos al caso de la juez Tadin. En cierto modo, es el juez más interesante. Él vio el problema. Debe juzgar el caso conforme a la ley y no sólo según su propio criterio. Pero no podía llevar a cabo esta tarea hasta que hubiera determinado lo que debía contener la ley. Pero después de

escuchar las opiniones de sus colegas, no pudo decidir qué enfoque era el más apropiado. ¿Cómo persigue la verdad? Decidir el destino de los exploradores es una responsabilidad que la ley no puede eludir, pero no puede emitir un fallo si no adopta un método. Pero cada juez ofreció críticas válidas a las opiniones de sus colegas. ¿Cómo puede tomar una decisión racional si no puede determinar el método?

Tadin plantea una pregunta fundamental sobre el razonamiento jurídico: ¿Existe una base sólida para pensar como un abogado y, si es así, cuáles son los estándares? ¿Son morales, empíricas o metafísicas? Pero lo más importante: ¿hacia dónde nos dirigiríamos si no fuera así? ¿Debe el juez detener el juicio? ¿Deberíamos dejar de participar en razonamientos legalistas y simplemente admitir que estamos tomando decisiones de vida o muerte? ¿O deberíamos simplemente elegir "nuestro" camino, estar en desacuerdo y seguir adelante? ¿La pérdida de las creencias más básicas conducirá a una pausa? En muchos sentidos, no sólo en el ámbito jurídico, ésta es la cuestión central de nuestra llamada era posmoderna y autorreflexiva. Hamlet estaría familiarizado con este dilema.

La mayoría de los lectores de El misterio de la aventura espeleológica, incluidos muchos del calibre de Fuller, probablemente estarían de acuerdo con partes de la opinión separada. Cada propuesta tiene algo que nos gusta, aunque en última instancia podemos preferir un enfoque sobre el otro. ¿Confiamos en el enfoque libre del juez Handy? ¿Podemos tolerar el enfoque aparentemente inflexible del Rey? ¿Puede Foster realmente identificar el "propósito" de la ley? Sin embargo, los fundamentos del derecho nunca estarán seguros si no tenemos una comprensión firme de lo que significa pensar como un abogado. Una de las tareas de la jurisprudencia es determinar los fundamentos sólidos del derecho (y, por tanto, del razonamiento jurídico y del concepto de Estado de derecho). Si no podemos, ¿podemos aceptar la incertidumbre? Volveremos sobre estas cuestiones más adelante, pero antes debemos explorar muchas otras. Ahora, deberíamos analizar seriamente la elección impotente de Tadin: si no estamos seguros de cómo juzgar, ¿por qué deberíamos tomar una decisión en primer lugar?

En "El caso de las Cavernas" observamos las cuestiones centrales de la jurisprudencia desde dentro del derecho. En términos de los resultados que queremos lograr, la pregunta

que pronto nos enfrentamos es: ¿Qué significa pensar como abogado? También vemos que hay al menos algunas escuelas de pensamiento plausibles sobre esta cuestión. No es sorprendente que veamos que estas tres escuelas tienen un gran impacto en lo que significa pensar como abogado y, por tanto, en la educación jurídica. Estos temas se exploran con más detalle a continuación.

Nota 17 : Nota de traducción: Uno de los cursos de la facultad de derecho que permite a los estudiantes adquirir experiencia práctica, generalmente bajo la guía de profesores, y brindar servicios legales gratuitos a clientes en un campo específico.

Nota 18 : Sanford Levinson, Constitutional Faith (Princeton Univ. Press, 2.ª ed., 2011), 29. «Existen dos variantes, que denomino las posturas «católica» y «protestante». La segunda sostiene que es el texto de la Constitución; la primera sostiene que la fuente legal es el texto de la Constitución más la tradición no escrita».

Nota 19 : *Lon Fuller, El caso de los exploradores espeleólogos* , 62 HARV. L. REV. 616 (1949).

Nota 20 : *Id.* a las 619.

Nota 21 : *Id.*

Nota 22 : *Id.* a las 632.

Nota 23 : *Id.* a las 637.

Libro 24 : *Id.* en 637–38.

Capítulo 25 : *Id.* en 638.

Capítulo 26 : *Id.* en 620.

Capítulo 27 : *Id.* en 621.

Capítulo 28 : *Id.* en 625.

Capítulo 29 : *Id.* en 635.

Capítulo 30 : WILLIAM SHAKESPEARE, OTELO, acto 1, escena 3, líneas 143–44 (“Y de los caníbales que se comen entre sí, Los Antropófagos.”).

Capítulo 31 : FULLER, LA MORALIDAD DE LA LEY, 634.

Capítulo 32 : *Id.* en 645.

Nota 33 : *VÉASE* William C. Powers Jr., *Formalismo y el no formalismo en la metodología de elección de la ley* , 52 WASH. L. REV. 27, 28 (1976). " *La toma de decisiones formal no utiliza toda la información relevante disponible* ; descarta la información que no está específicamente citada en la norma". William C. Powers Jr., Aspectos estructurales del impacto de la ley en el deber moral dentro del utilitarismo y la teoría del contrato social , 26 UCLA L. Rev. 1263, 1268 (1979).

Nota 34 : Nota del editor: Se alienta a los jueces a considerar sus opiniones personales sobre políticas públicas y otros factores al tomar decisiones, en lugar de seguir estrictamente precedentes judiciales, y a tomar decisiones para

proteger o ampliar derechos individuales que sean incompatibles con la intención de la legislación.

Nota 35 : *Véase en general* Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication* , 89 HARV. L. REV. 1685 (1976). Analiza la naturaleza y relevancia de diferentes patrones retóricos que se encuentran en decisiones, escritos y tratados de derecho privado estadounidense.

Nota 36 : Lewis Carroll, A través del espejo y lo que Alicia encontró en el espejo, 124 (Avenel Books 1970 [1871]). ("Cuando uso una palabra", dijo Potato Head en tono despectivo, "significa exactamente lo que quiero que signifique, ni más ni menos.")

Capítulo III
Características del Derecho

Veamos algunos contornos jurídicos interesantes y su impacto en la organización social. Este no es un intento de proporcionar una definición exhaustiva del derecho; La posibilidad de tal definición se explorará en el Capítulo 4. Por ahora sólo necesitamos entender algunas de las características estructurales del derecho que afectan cómo pensamos sobre él.

La primera característica de la ley que la mayoría de la gente menciona es su naturaleza obligatoria. Te multan por pasarte un semáforo en rojo, vas a la cárcel por matar a alguien, todo el mundo paga impuestos, etcétera. Las leyes a menudo nos obligan a hacer cosas que de otra manera no haríamos. Sin embargo, como muestra el capítulo siguiente, la coerción no es una característica necesaria del derecho. A veces la ley nos da opciones, como hacer un testamento o constituir una sociedad. Por lo tanto, una característica distintiva del derecho es que a menudo es imperativo. Pero sigue siendo controvertido si las leyes son siempre y necesariamente obligatorias.

La segunda característica estructural es que el derecho a menudo tiene el tipo de formalidad que mencionamos en el Capítulo 2. Las reglas jurídicas no se formulan a la luz de todas las circunstancias que pueden afectar las decisiones normativas. Nota 37 Un ejemplo trivial pero instructivo es la ley que nos obliga a detenernos ante una luz roja. Está legislado para proteger nuestra seguridad y la seguridad de los demás conductores. Nos hace creer que los demás conductores se detendrán ante los semáforos en rojo, facilitando así el tráfico. Pero no tenemos en cuenta varios factores de seguridad vial al aplicar esta norma. No miramos si vienen vehículos en dirección contraria. No preguntamos lo importante que es llegar a nuestro destino. Todos estos factores son relevantes a la hora de sopesar la seguridad frente a la conveniencia, pero la regla de la luz roja sólo destaca algunos de ellos. De hecho, sólo se fija en un hecho y considera sólo un hecho: ¿la luz está roja? Una vez que se establece una regla, se bloquea el motivo de la creación de esta regla.

No todas las leyes son formalistas. A veces aplicamos estándares legales informales, como exigir que una persona

ejerza un cuidado "razonable" en un caso de lesiones personales. Esta norma no es del todo informal. No nos permite considerar la justificación moral de un actor, pero tampoco excluye información relevante. Como se muestra en el Capítulo 2, existen distintos grados de formalidad en los métodos legales. Más adelante examinaremos por qué podríamos querer que las instituciones jurídicas fueran más o menos formales. La cuestión aquí es que la ley a menudo adopta reglas formales.

La tercera característica de la ley es la autoridad. Las leyes a menudo exigen que los individuos obedezcan en lugar de actuar por su cuenta y normalmente adoptan reglas formales y obligatorias. La obediencia suele ser a una autoridad central, pero no siempre. Algunos sistemas requieren que las personas obedezcan el juicio de sus superiores. En la práctica, nuestro sistema jurídico a menudo requiere que coloquemos el juicio de una autoridad central (legislatura o tribunales) por encima del juicio individual. Por lo tanto , esta característica también puede considerarse como centralidad .

Máx. Max Broad Brod) es Franz. Kafka Kafka) durante muchos años. Después de la muerte de Kafka, Brod tomó posesión de muchos de sus manuscritos inéditos. Kafka le dejó instrucciones explícitas de quemar los manuscritos. Afortunadamente, Broad ignoró tales instrucciones y encontró una manera de publicar estas obras. Lo interesante es que Brod sintió la necesidad de escribir una posdata explicando por qué ignoró los deseos de Kafka. Hay una razón por la que Brod creía que Kafka quería decir algo diferente. El resto del comportamiento de Kafka parece incompatible con un deseo sincero de quemar sus propias obras. Su otra explicación es que si se respetaran los últimos deseos de Kafka, sería una gran pérdida para el mundo literario. Éste puede ser un contraejemplo de autoridad y centralización. Al final Brod no respetó los últimos deseos de Kafka. Pero vale la pena señalar que Broad se sintió obligado a explicarlo. La regla general espera que respetemos los deseos del autor sobre un tema particular, pero la decisión de Broad es una excepción. Su posdata demuestra cuán poderosa es esta idea de la “obediencia”, haciendo que las personas se sientan obligadas a “cumplir” las decisiones de los demás.

Hay otras características legales que podríamos considerar. ¿No es eso objetividad? ¿Qué pasa con la

certeza? ¿Neutral ante diferentes visiones de la buena vida? Tal vez. Pero estas características que puede tener la ley son controvertidas. Más tarde tendremos que confirmar si la ley logra estos objetivos. Pero el hecho de que la coerción, la formalización y la autoridad (centralización) sean características obvias del derecho parece una cuestión descriptiva. Están decididos ahora.

Formalización, centralización y coerción

¿Por qué debemos aceptar y obedecer la ley? ¿Por qué debemos renunciar a nuestro derecho a decidir y obedecer un orden formalizado, centralizado y obligatorio? Hay muchos beneficios, pero también muchos problemas. Algunos de estos aspectos buenos y malos de la ley son prácticos y técnicos, mientras que otros son emocionales y existenciales. Examinar estas dimensiones no sólo nos ayuda a comprender el papel social del derecho, sino también nos ayuda a comprender las reacciones emocionales que pueden tener los estudiantes de derecho cuando aprenden a pensar como abogados. Nota 39

El beneficio principal y más obvio de obedecer órdenes formalizadas, centralizadas y obligatorias es que nos ayuda a predecir lo que harán los demás. Esto a su vez nos ayuda a planificar nuestros asuntos para alcanzar nuestras metas. Si el Estado obliga a las personas a cumplir sus contratos, podemos utilizar esto para perseguir nuestros propios intereses comerciales. Si sabemos que el Estado protegerá nuestra propiedad, podemos confiar en la propiedad e invertir en la producción. Para dar un ejemplo general, si no podemos estar seguros de que nuestro coche seguirá siendo nuestro mañana, ¿llenaríamos el depósito? O si no podemos confiar en que la luz roja de una intersección detenga el coche, ¿nos atreveríamos a cruzar la calle cuando la luz está verde?

La formalización es particularmente importante en términos de proporcionar previsibilidad. Con estándares informales, es difícil predecir lo que harán los demás. Si simplemente les decimos a nuestros vecinos que traten nuestra propiedad de manera razonable, no podemos estar seguros de lo que ellos (o los tribunales) considerarán razonable. Quizás tenga sentido que me preste mi coche cuando no lo esté usando. Si la norma de tránsito es proceder con cautela, difícilmente podemos confiar en que los automóviles se detengan en las intersecciones. Las reglas formalizadas, como la “propiedad” de la propiedad o

si uno debe detenerse en las luces rojas y continuar en las luces verdes, hacen que el comportamiento sea mucho más fácil de predecir.

Ted. Ted Turner Turner) comprendió el valor de la formalización. Compró MGM , lo que le proporcionó una vasta biblioteca de películas antiguas para mostrar en su propia estación de televisión. Decidió convertir algunas películas antiguas en blanco y negro a color para que fueran más atractivas cuando se proyectaran en televisión. Esta medida causó revuelo en los círculos artísticos, culturales y cinematográficos. Naturalmente, el Congreso decidió celebrar audiencias para confirmar si debía intervenir y tomar medidas.

Generalmente cada miembro del parlamento que participe en la audiencia hará una larga declaración inicial. ¿Cómo abordamos esta compleja cuestión? Por un lado están los intereses de los espectadores que quieren ver películas en color en la televisión. Por otro lado, algunos piden proteger la "integridad" de las películas clásicas en blanco y negro. ¿Cómo ponderar estos intereses? Más tarde, el presidente del comité se dirigió a Turner y le preguntó: ¿Por qué tienes derecho a colorear estas películas?

Turner podría haber respondido con un análisis complejo de los conflictos de intereses. ¿Cómo equilibramos estos intereses y ponderamos todo? Pero él adoptó una estrategia diferente. Él simplemente respondió: Porque quiero hacerlo y las películas son mías. Nota 40 La propiedad formalizada es simple, predecible y eficiente. Sería difícil considerar todos los pros y contras de manera informal. Por definición, la formalización reduce la cantidad de información que necesitamos para tomar decisiones. Es por esto que la formalización mejora la previsibilidad. No es que tengamos que estar de acuerdo con Turner. Esto simplemente resalta la diferencia entre formalidad e informalidad.

La formalización contribuye a la previsibilidad, al igual que la autoridad (o centralización) y la aplicación de la ley. La centralización garantiza que sólo haya una regla. Si cada uno inventara sus propias reglas, no sabríamos cuáles aplicar. Y la aplicación de las normas nos da más confianza en que los demás las cumplirán.

Las reglas formales centralizadas tienen una segunda ventaja: hacen la vida más fácil porque reducen la cantidad de información que necesitamos para tomar decisiones. ¿Qué coche debo conducir para ir al trabajo? ¿El de mi

entrada o el de la entrada de mi vecino? ¿Qué coche consume menos combustible? ¿Qué coche es más fácil de aparcar? ¿Cuál es particularmente fácil de conducir o más barato de mantener? Podría pensar en estas preguntas todas las mañanas o podría simplemente seguir una regla formal simple: tengo un auto, nada más. Al reducir la cantidad de información necesaria para tomar una decisión, las reglas formales son más fáciles de aplicar.

Estas reglas también nos ayudan a compartir la responsabilidad de las decisiones difíciles. Si un estudiante me pide que renuncie al requisito de escribir un informe parcial o un examen final, puedo explicarle detalladamente cómo escribir el informe o el examen lo hará mejor a largo plazo. O simplemente diría que ésta es la regla de la universidad. Cuando Abraham estaba a punto de matar a Isaac, pudo decirse a sí mismo que Dios quería que lo hiciera. Por supuesto, esto también plantea otro problema. No queremos eludir siempre la responsabilidad diciendo que obedecemos a la autoridad, aunque a veces eso sea conveniente. A menudo nos ajustamos a reglas sociales o legales que dicen que ciertas decisiones no son nuestra "responsabilidad".

Obedecer reglas formalizadas, centralizadas y aplicadas también nos ayuda a evitar errores. Esto puede parecer extraño a primera vista, porque la formalización limita nuestras posibilidades de utilizar información relevante, lo que a veces puede llevarnos a tomar decisiones equivocadas. De hecho, existe esa posibilidad. Pero también nos ayuda a evitar errores de manera importante. Es posible que los tomadores de decisiones individuales quieran proteger egoístamente sus propios intereses. Los jurados pueden estar demasiado involucrados en el caso como para evaluar adecuadamente las pruebas de oídas, o una confesión que no cumple con las advertencias de Miranda, o un contrato que debería haberse puesto por escrito. Cuando Odiseo se ató al mástil, no confiaba en las decisiones que tomaría bajo la influencia del canto de las sirenas. Así que se ató a sí mismo (en un esfuerzo finalmente inútil) para evitar tomar la decisión que habría tomado. El mismo principio se aplica a los compradores de supermercados que hacen listas y se prohíben comprar cualquier cosa que no esté en ellas (cosas que podrían verse tentados a comprar debido a la atmósfera).

Puede ser que los tomadores de decisiones individuales simplemente se sientan impotentes. ¿Qué sabemos sobre los

efectos de sustancias químicas específicas en las aguas subterráneas? Cuando sigo las reglas formalizadas y exigibles establecidas por la EPA, tengo más probabilidades de obtener la respuesta correcta porque técnicamente la gente de la EPA tiene más conocimiento.

Además de la impotencia y la parcialidad, puede que no podamos confiar en los valores de determinados tomadores de decisiones. Podríamos dejar que cada uno decida por sí mismo qué coche conducir, pero nos preocuparía que algunas personas sean simplemente ladrones egoístas. Cuanto menos confiemos en determinados tomadores de decisiones, más probable será que queramos reglas formales, centralizadas y ejecutables para limitarlos y evitar que tomen malas decisiones.

En estos casos, la formalización y la centralización trabajan juntas. Si decidimos que queremos un tomador de decisiones autorizado, como un experto de la EPA, entonces puede ser difícil para la EPA decidir cada caso sin emitir reglas formales. Simplemente decirle a la gente que "proteja" el medio ambiente no logrará el objetivo. También sería una carga demasiado pesada para la EPA decidir cada situación.

La elaboración centralizada de normas también puede ser más eficiente. Un tomador de decisiones debe recopilar una variedad de información. A veces es tan fácil como preguntarte si tienes hambre o si quieres comer. Pero en otros casos, la información que necesito para tomar una decisión puede ser bastante compleja, como por ejemplo si debo recibir un determinado tratamiento médico. Sería una carga pesada para cada persona recopilar toda la información por su cuenta. Sería mucho más eficiente que una agencia central recopilara esta información, tal vez celebrando audiencias o realizando estudios, y luego redactara reglas para comunicar los resultados a todos.

A veces otorgamos a las agencias centrales poderes específicos basados en una determinada teoría política. Después de todo, según la teoría democrática, las mayorías (quizás a través de las legislaturas) tienen la legitimidad política para tomar ciertos tipos de decisiones sociales. O podemos creer en el derecho divino de los reyes.

La centralización y las reglas formalizadas pueden aumentar la productividad al establecer roles y rutinas. Las reglas del béisbol no sólo rigen el comportamiento de los jugadores, sino que también determinan cómo se juega todo el juego. Estas reglas no impiden que la gente juegue

béisbol; Establecen los patrones de comportamiento reales que hacen que la gente juegue al béisbol. La notación musical también tiene reglas, que crean un modelo para que la gente produzca música. Las normas jurídicas que rigen la formación de empresas, las normas que rigen el uso de testamentos y fideicomisos, las normas que crean instrumentos de respaldo y negociación y las normas que rigen la contratación crean convenciones y oportunidades para los individuos. También tenemos reglas legales sobre los roles de los individuos en el sistema legal, como jueces, fideicomisarios, socios y tutores. Es cierto que las reglas jurídicas que crean estos roles restringen el comportamiento de quienes los desempeñan, pero las reglas también crean los roles mismos. Sin reglas jurídicas, los individuos no tendrían ninguna posibilidad de desempeñar ese papel. Estas reglas crean oportunidades.

Consideremos la conocida teoría del dilema del prisionero. Nota 41 Los dos ladrones fueron capturados e interrogados en habitaciones diferentes. La policía intentó que se mordieran entre sí. Si uno traiciona a su cómplice y el otro no, el primero será recompensado y recibirá una pena más leve; Este último recibirá una pena más severa. Si ambas partes traicionan, el castigo individual será mayor que cuando sólo una de las partes traiciona, pero menor que cuando sólo traiciona la otra parte. Si ninguna de las partes traiciona, el castigo será menor que si traiciona sólo una de las partes o ambas partes, pero más severo que si traiciona sólo una de las partes. Todos conocen el método de cálculo. En la tabla 3.1 se muestran los posibles resultados. .

Tabla 3.1 Dilema del prisionero

		第二個賊	
		沉默	背叛第一個賊
第一個賊	沉默	3 年 3 年	0 年 10 年
	背叛第二個賊	10 年 0 年	5 年 5 年

Como los prisioneros están aislados y no pueden comunicarse entre sí, y cada uno de ellos quiere una sentencia más leve, la opción racional para cada uno de ellos es traicionar. La traición es una elección racional

porque cada persona debe pensar lo que debe hacer en función de lo que cree que hará la otra persona. ¿La otra parte mantendrá la boca cerrada o te traicionará? En ambos casos, el preso sabe que si traiciona a la otra parte obtendrá un mejor resultado que si permanece en silencio: como muestra la tabla, en un caso puede quedar exento del castigo, mientras que en el otro caso será condenado a cinco años en lugar de la pena máxima de diez años. El resultado final es que si ambos prisioneros toman decisiones racionales, estarán en peor situación que si ambos toman decisiones irracionales.

Sería diferente si pudieran comunicarse entre sí. Pueden celebrar acuerdos vinculantes en los que ambas partes permanecen en silencio. Un acuerdo de este tipo establece efectivamente una regla según la cual, si son capturados y la policía quiere enfrentarlos entre sí, ambas partes acatarán el acuerdo y sabrán que la otra parte está obligada a hacerlo. Los resultados obtenidos serán por tanto mejores que las decisiones tomadas de forma aislada. Eso es lo que hacen muchas normas jurídicas. Las reglas permiten a los individuos adoptar estrategias previas al compromiso, y es de su interés hacerlo.

Las estructuras legales también crean convenciones que permiten a los individuos perseguir objetivos más grandes que los suyos. Como dijo famosamente Aristóteles, los humanos somos animales políticos. No podemos desarrollarnos por nuestra cuenta, sino que debemos participar en la comunidad más amplia. Las estructuras legales crean rituales de participación social, como las transiciones presidenciales o la juramentación de los fiscales. Las estructuras legales también crean roles sociales que ayudan a los individuos a expresar sus valores, como actuar como profesores, trabajadores sociales o empresarios. Las reglas definen estos roles y sus prácticas, pero no siempre son legalmente vinculantes. Pero a menudo son jurídicamente vinculantes. De todos modos, representan una característica centralizada del mundo en el que vivimos. Sin estos roles y sus convenciones, seríamos simplemente individuos aislados.

Las estructuras sociales centralizadas afectan las fuerzas que dan forma a los roles individuales. Quizás queramos comer alimentos saludables pero entendemos que puede ser difícil hacerlo en ciertos entornos, como una panadería. Queremos organizar y estructurar el mundo para que podamos evitar estas influencias. Queremos cambiar la

trayectoria educativa de nuestros niños para que se conviertan en un cierto tipo de ciudadanos. Esto no se puede lograr en una sociedad de laissez-faire. Ésta es la visión de *Rousseau* en Emilio .[Nota 42] La defensa de la dictadura del proletariado por parte de Lenin también tenía ideas similares, pero en última instancia esta defensa condujo a la decadencia del país.[Nota 43] Sin embargo, existen algunas buenas formas de construir entornos sociales que mejoran las características deseables de los ciudadanos individuales.

Los conceptos formales también ayudan a organizar nuestra comprensión del mundo de manera más efectiva. En "Cosas desafortunadas" (Tu - tu)[Nota 44] En este excelente artículo, Alf. Ross (Alf Ross describe una isla habitada por una tribu primitiva. La gente de la isla creó un concepto llamado "mala suerte" cuando se encontraban con diversas situaciones, como por ejemplo que alguien invadiera un lugar sagrado, lo que también producía diversas consecuencias, como que a esa persona se le prohibiera entrar a la cafetería, participar en discusiones de grupo, etcétera. Podríamos pensar que es ficción o incluso superstición. No hay nada siniestro en absoluto. Pero descubrimos que nuestro sistema legal a menudo también hace esto. Debido a diversas situaciones diferentes, determinamos que alguien tiene “propiedad” de algo, lo que tiene muchas consecuencias. El concepto de "propiedad" es una creación de la inteligencia tanto como el concepto de "malas acciones". Pero es una creación muy útil.

Supongamos que hay diez situaciones que llevan a la conclusión de propiedad (o algo ominoso), y la propiedad (o algo ominoso) conduce a quince consecuencias diferentes. Sin esta noción de mediación, necesitaríamos describir ciento cincuenta relaciones diferentes. Añadir el concepto de propiedad reduce el número de relaciones a veinticinco. Es un concepto útil. Estos conceptos se encuentran en el lenguaje cotidiano. La ley a menudo crea conceptos como propiedad, deber fiduciario y transferencia de respaldo. En última instancia, esta función del derecho puede reducirse a la previsibilidad. Reducir el número de relaciones que debemos recordar hace que el mundo sea más predecible.

Ya hemos analizado algunos de los beneficios de la previsibilidad, pero hay algo importante sobre la previsibilidad en el pensamiento político occidental: nuestra

creencia en la libertad. Las órdenes centralizadas, formalizadas y coercitivas pueden hacer que la libertad sea más valiosa al proporcionar previsibilidad y límites claros para definir nuestra libertad. Si supiera exactamente el alcance de mi libertad de expresión, podría ejercerla con más confianza. Nota 45

Esta descripción no es exhaustiva. La cuestión aquí es que estos aspectos estructurales del sistema legal (centralización, formalización, coerción) tienen en sí mismos resultados deseables. Gran parte del debate sobre el sistema jurídico se centra en su contenido. ¿Es suficiente o no suficiente nuestro sistema tributario progresivo? ¿Son suficientes nuestras leyes ambientales o obstaculizan el desarrollo económico? y otras preguntas similares. Los estudiantes de primer año que aprenden a pensar como abogados también están aprendiendo acerca de un sistema legal que tiene estos aspectos estructurales, cualquiera que sea su contenido específico. Dedicaremos más tiempo a comentar esto más adelante.

Cómo funciona la ley en la sociedad

El debate anterior se ha centrado en las fortalezas de las estructuras de argumentación jurídica, pero éstas también tienen debilidades.

Las reglas formalizadas no pueden reflejar perfectamente los principios que las sustentan. A esto lo podemos llamar un " error de mapeo ". error). Cuando un motociclista se encuentra con una luz roja y no hay otros vehículos en la intersección, el principio de prevención de accidentes no se aplica, pero las reglas aún requieren que se detenga. Éste no es un efecto secundario no relacionado. La formalización crea la previsibilidad que la gente quiere, pero también es fuente de "errores". Pero en aras de la previsibilidad, el tiempo que el piloto "perdió" en la luz roja aún podría valer la pena, pero en tal caso, las reglas siguen siendo un error de emparejamiento. Todas las reglas formales son así. La Ley de Prevención de Fraudes exige que ciertos contratos sean por escrito, lo que los hace más confiables, pero en algunos casos la evidencia oral también puede ser muy confiable. Esto podría provocar un error de emparejamiento.

Las reglas formales también nos mantienen estancados en el pasado. Una regla puede tener perfecto sentido en el momento en que se aprueba, pero los valores cambian con el tiempo. Nuestras predicciones sobre el futuro a menudo

resultan erróneas. Por lo tanto, cuando apliquemos las reglas más adelante, es posible que no obtengamos los resultados esperados. Esto se llama “error de congelación ” . error).

Estos dos errores son importantes a la hora de introducir el razonamiento jurídico a los estudiantes de derecho de primer año. Los debates a menudo toman un ejemplo del siglo XIX y tratan de aplicarlo a un contexto del siglo XX o XXI. *El* caso más famoso es *MacPherson v. Buick Motor Company* . Nota 46 El Sr. McPhee compró un Buick en un concesionario. El coche tenía un neumático defectuoso que el fabricante debería haber descubierto antes. Este defecto provocó un accidente y la Sra. McPherson resultó herida. Hubo un caso en el siglo XIX llamado Winterbottom v . *Wright* . Nota 47 La sentencia sostuvo que una persona que fue negligente al reparar una diligencia era responsable sólo ante el propietario de la diligencia, no ante los pasajeros o transeúntes. La razón es que no existe una “relación contractual” entre el reparador y los pasajeros o transeúntes. Si las reglas de ese caso se aplicaran al caso McPherson, la Sra. McPherson no podría reclamar una indemnización al fabricante. El Sr. McPherson tenía una relación contractual con el distribuidor pero no con el fabricante; Mientras que la Sra. McPherson no tenía ninguna relación contractual ni con el distribuidor ni con el fabricante.

Éste es un error típico del conservadurismo. La regla aplicada en Winterbottom se basaba en el hecho de que las transacciones más comunes en esa época eran cara a cara. En el momento del caso MacPherson, a principios del siglo XX, la mayor parte de los negocios se realizaban a través de un complejo sistema de distribución. Y por supuesto, es común que las familias se compren artículos entre sí. En el Tribunal Supremo, señor Benjamin. Benjamín Cardozo Cardozo , la Corte esencialmente abandonó la doctrina del contrato que se había convertido en un sello distintivo de la educación jurídica en conocidas opiniones precedentes . Analizaremos sus argumentos con más detalle en el capítulo 5. Destaca la naturaleza conservadora del marco de análisis jurídico y la voluntad de un juez emprendedor de revisarlo. Cuando alguien intenta defender mejor las reglas formales, puede terminar eligiendo los casos equivocados y causando más problemas. A mediados del siglo XX, la Facultad de Derecho de Columbia era escéptica respecto de las normas

legales, y el caso McPherson era una parte clave de su libro de texto básico.

Anteriormente mencionamos que las personas pueden ser parciales o carecer de experiencia técnica y, por lo tanto, pueden cometer errores en decisiones individuales. Por eso queremos que haya personas menos parciales o más competentes para tomar decisiones por todos. Pero las cuestiones de favoritismo y capacidad pueden funcionar en la dirección opuesta. En un sistema burocrático centralizado, quienes toman las decisiones pueden tener sus propios sesgos. Es posible que le den más importancia a su trabajo o al presupuesto que tienen asignado. Es posible que tengan opiniones políticas específicas que difieren del público general en ese campo. Puede que no les importen las circunstancias específicas del caso. Así como las empresas individuales pueden subestimar el impacto ambiental de sus descargas de aguas residuales, los funcionarios ambientales pueden subestimar el impacto de las regulaciones sobre la productividad. Un desafío que enfrenta cualquier sistema legal es cómo identificar a los mejores tomadores de decisiones en un área particular. Podemos estar de acuerdo en que los clientes habituales de un determinado restaurante son mejores a la hora de elegir y decidir lo que quieren comer, pero eso no significa que los controladores centrales, como los funcionarios de la FAA, sean personas más adecuadas para escribir reglas para el control del tráfico aéreo. Sin embargo, hay muchos casos que se sitúan entre estos dos extremos. Este suele ser el caso en los debates sobre la regulación gubernamental y la determinación del mercado. En los debates sobre principios jurídicos, a menudo surge la pregunta de cómo identificar al mejor tomador de decisiones.

Por ejemplo, la atribución de responsabilidad en el derecho de responsabilidad civil analiza si un jurado o un juez debe decidir cuestiones específicas en un caso de lesiones personales. Los jurados pueden ser parciales, a menudo debido a su simpatía por la víctima. Sin embargo, los jueces también tienen prejuicios, a menudo atribuidos a su preferencia por el sistema judicial en su conjunto y su impacto en la economía. Por lo tanto, una tarea importante de nuestras normas de responsabilidad civil es determinar qué tipo de parcialidad es más apropiada para un problema particular.

Hemos analizado anteriormente cómo conceptos intermedios como la propiedad pueden simplificar nuestra

forma de pensar sobre cuestiones complejas al reducir el número de relaciones que debemos comprender. Pero este enfoque es un arma de doble filo. Una vez que señalamos un concepto, tendemos a hacerlo sustancial. No sólo lo vemos como un medio útil para el pensamiento, sino que tendemos a pensarlo como "real" y lo describimos en términos de significados fijos. Pero si asumimos que las palabras utilizadas para describir un concepto tienen un significado fijo, podemos cometer errores conservadores.

El carácter obligatorio de la ley también tiene consecuencias negativas. Puede socavar directamente la libertad y la autonomía. Además, si la autoridad legal cae en las manos equivocadas, puede convertir la ley en una herramienta peligrosa. Hemos visto en la historia reciente que los sistemas legales coercitivos y centralizados pueden tener consecuencias desastrosas en manos de tiranos. Y podemos acostumbrarnos a ese tipo de tiranía, y el formalismo ayuda a que continúe porque bloquea hechos o valores a los que las reglas no apuntan. Esto también incluye los hechos y valores básicos necesarios para evaluar el sistema legal. La aplicación formal de las reglas puede conducir a una obediencia ciega y habitual.

Vemos también que la autoridad formalista nos permite evitar la responsabilidad. Por supuesto, si tuviéramos que asumir la responsabilidad de cada acción que realizamos, probablemente nos volveríamos locos. A veces tenemos derecho a decir que no es nuestro trabajo tomar decisiones. Pero si nos acostumbramos demasiado a tales excusas, podemos volvernos insensibles al hecho de que debemos asumir la responsabilidad última de nuestras acciones. El formalismo puede oscurecer la verdad. Como nos recuerda Satter, Abraham no podía absolverse de matar a su hijo Isaac diciendo que Dios le había ordenado hacerlo. La persona que finalmente decidió obedecer a Dios fue Abraham. Nota 48

El formalismo también puede causar alienación. Las reglas formalizadas sólo tienen en cuenta un pequeño número de hechos y no tienen en cuenta a toda la humanidad. En la década de 1960, las camisetas de los campus universitarios se hicieron populares con el lema "No doblar, tirar o dañar". Se refería a las tarjetas de computadora que utilizaban las escuelas para gestionar las calificaciones de los estudiantes. Su atractivo es que los estudiantes son más que sólo calificaciones. Hay ciertas

relaciones en las que nos sentimos particularmente obligados a estar plenamente presentes. Deberíamos tener una "conversación de corazón a corazón". Cuando se trata de las relaciones familiares, sería un error si no nos preocupamos por la situación general de nuestra familia. Por más efectivo que pueda ser un acuerdo prenupcial, parece ir en contra de la naturaleza de la relación entre las dos partes. Al mismo tiempo, no queremos que todas las relaciones sean de corazón a corazón. Sería extraño si cada vez que fuéramos a un supermercado el personal de caja nos preguntara sobre toda nuestra vida. La mayoría de las veces simplemente queremos salir lo más rápido posible. La cuestión es que la formalidad puede resultar alienante y, a veces , puede parecer inapropiada.

Un tema importante en la mitología griega es la diferencia entre Apolo y Dioniso. Nota 49 Apolo es más cerebral; Es controlador, racional e individualista. Él es Edipo, meditando solo y resolviendo el enigma de la Esfinge. Él es el dios de las artes plásticas que dio forma al mundo. Dioniso es borracho, irracional, emocional y gregario. Apolo es trascendente. Está separado del mundo y del grupo. Dioniso pertenece al mundo material; Él es parte del mundo y de la comunidad. Los griegos entendieron ambos gestos. La ley termina siendo más apolínea, lo cual es bueno y malo a la vez. Esta es una de las razones por las que aprender a pensar como un abogado puede requerir mucho sacrificio. La ley afecta aspectos prácticos como la previsibilidad y los errores de coincidencia, pero también toca cuestiones más profundas, como nuestra relación con la sociedad y el mundo. Volveremos a este tema más adelante.

Por lo tanto, tanto el contenido de la ley como su estructura básica afectan la interacción social. Algunos resultados son buenos, otros no. ¿Qué obtenemos al final? Después de hacer un juicio general y sopesar los pros y los contras, podemos decidir que ciertas estructuras legales formales, centralizadas y obligatorias son buenas. Pero no necesitamos una conclusión de todo o nada. La formalización, la centralización y la coerción pueden ser deseables en algunas áreas de la vida, pero no en otras. En algunas áreas, como la actividad económica y las inversiones inmobiliarias, podemos valorar la previsibilidad. Sin embargo, en otras áreas la previsibilidad puede no ser tan importante, como en la determinación de la responsabilidad en un accidente de tráfico basándose en los

hechos del caso individual. O bien, un error de coincidencia podría ser significativo en un caso de custodia de un niño, pero no tanto en un caso de leyes de tránsito. El distanciamiento formal puede ser perfectamente aceptable en transacciones no cara a cara, pero no en la vida familiar. No es sorprendente, entonces, que la ley sea una institución ecléctica, bastante formalista, centralizada y coercitiva en algunos aspectos, pero no en otros.

Además, varía el grado en que las leyes individuales están formalizadas, centralizadas o son obligatorias. Por ejemplo, la ley de negligencia l aw) pregunta qué haría una persona razonable en una situación particular. Éste es un estándar muy informal. Algunas normas jurídicas pueden no tener ningún mecanismo para su aplicación, lo que hace que su naturaleza sea meramente amonestadora. O puede haber normas legales que deleguen autoridad a jurados individuales, haciendo que el sistema sea menos centralizado, como las normas ambientales mediante las cuales la EPA toma sus decisiones finales.

Como vimos en el Capítulo 2, no son sólo las normas jurídicas las que vienen en diferentes formalizaciones. También existen diferencias en el grado de formalidad de la metodología de interpretación de la ley. El juez King es más formalista que Foster, quien a su vez es más formalista que Handy.

Además, los beneficios y desventajas marginales de las características formales pueden variar de un caso a otro. Si estamos en una situación de alta incertidumbre, agregar formalidad y así mejorar la previsibilidad puede tener un alto valor marginal. A medida que el mundo se vuelve cada vez más predecible, incluso un gran aumento en la previsibilidad podría traer sólo un pequeño valor marginal. Por el contrario, en sociedades donde ya hay mucho contacto profundo, el nivel de alienación causado por la adjudicación institucional formal puede ser menor. Pero si la sociedad ya está muy alienada, el daño marginal causado por añadir formalidad y hacer así las relaciones más alienadas puede ser más grave.

Si se tienen en cuenta todos estos factores, se puede llegar a un sistema de compromiso que adopte la cantidad "óptima" de legislación en un área determinada. Mucho depende de la rapidez con la que cambian los valores y las circunstancias, de la importancia de la previsibilidad, de la gravedad de las consecuencias de los desajustes y de cómo otros mecanismos no legales regulan nuestra cultura. Eso

significaría que tendríamos un sistema legal muy parecido al sistema de compromiso que tenemos actualmente.

Estos factores también se aplican al enfoque que es mejor que adopte el juez. Quizás en algunas épocas queramos un enfoque más formal, pero en otras no. Tal vez los enfoques informales sean más apropiados en áreas donde no podemos tolerar errores de comparación, como la pena de muerte. O en épocas de cambios rápidos, tal vez queramos adoptar métodos informales para evitar errores conservadores. En una época en la que la previsibilidad es más importante, quizá convenga adoptar un enfoque más formal. Estos problemas no se pueden resolver con cálculos simples. Debemos mantener una mente abierta mientras exploramos estos temas. Lo que importa aquí es que veamos algunas características estructurales de la ley y cómo éstas afectan su funcionamiento en la sociedad.

La ley es una elección difícil

No son sólo los abogados los que están interesados en estos temas. Estas cuestiones permean toda nuestra cultura. Imagínese a Melville en Billy el Marino. Billy Budd *analiza* estas cuestiones en su libro, The New York Times. Billy es "el ángel de Dios". Lo sacaron de un barco mercante y lo alistó en la Marina Real. Era feliz y querido por el capitán Weir y los otros marineros. En realidad no se preocupa por la vida y simplemente se deja llevar por la corriente. Se le asignó la posición estacionaria más alta del barco, sirviendo como centinela del mástil de proa. Su enemigo Juan. Clegg era un guardia que trabajaba en la cabina inferior. Clegg es una persona reflexiva que tiene muchas preocupaciones sobre la vida. Acusó falsamente a Billy de difundir rumores y planear un motín. Cuando Billy se entera de esto por el Capitán Weir y se enfrenta a Clegg, se retira al silencio. Tiene un problema de tartamudez, por lo que no puede defenderse. Casi inconscientemente, de repente agitó su brazo y mató a Clegg. Esto fue una clara violación de las órdenes navales, y el capitán Weir anunció: "Fue herido de muerte por un ángel de Dios, pero los ángeles aún deben ser ahorcados". Nota 50: ¿Por qué colgar al ángel de Dios?

La escena del juicio tiene lugar en la sala de conferencias del capitán Weir. Al mirar por el ojo de buey, parecía que estábamos dentro de la cabeza del capitán Weir. El cuerpo de Clegg estaba a un lado y Billy estaba inmovilizado en el otro extremo de la habitación. Podemos

imaginar que el capitán tenía dos pensamientos contradictorios en su mente. ¿Debemos cumplir las órdenes navales o proteger a Angel Billy? Después de todo, Billy no tenía intención de matar a Craig, y fue Craig quien acusó falsamente a Billy. Habría sido extremadamente injusto colgar a Billy según la letra del estatuto, pero era tiempo de guerra y se acababan de reprimir dos motines. Esta es una situación realmente difícil de decidir.

El capitán Vere les dice a los miembros del tribunal militar que deben ser leales a la justicia del rey, no a la suya propia. ¿Acaso la medalla que llevamos nos obliga a servir a la Naturaleza en lugar del Rey? Aunque el mar es un lugar natural inprofanable, aunque es el lugar donde actuamos como marineros, incluso en este reino natural somos hombres del Rey y debemos hacer lo que se nos ordena. Cuando aceptamos la misión, dejamos de ser agentes libres de la Naturaleza... El deber que hemos jurado es que, por crueles e implacables que sean las leyes [del Rey] en su aplicación, debemos obedecerlas y practicarlas. Nota 51: Las palabras de Weil son más poéticas que las de centralización, formalización y error conservador, pero éstos son los conceptos a los que se refiere. Citó el emblema militar para afirmar la autoridad central. Su apelación a la ley en lugar de a la justicia es precisamente una apelación al formalismo y a la distinción entre ley y moralidad.

Como demuestra la novela, Melville se preocupa por el funcionamiento de las estructuras legales. Su suegro, Lamour. Xiao

(Lemuel Shaw fue un destacado juez de Massachusetts a principios y mediados del siglo XIX. Nota 52 Hizo contribuciones significativas para conciliar los principios jurídicos con las necesidades de una economía industrial floreciente, y utilizó un razonamiento flexible y orientado a las políticas para lograr esos fines. En un caso de un esclavo fugitivo, tuvo que devolverlo a su amo. Nota 53 Se dice que Melville y Shaw discutieron estos temas después de la cena. Nota 54 Estas preguntas son las de Sailor Billy. El tema de "Bard". Tanto los profesionales del derecho como las personas no jurídicas sienten lo mismo.

Marinero Billy. «Bardo» destaca algunos de los temas que hemos tratado. ¿Dónde se necesita más orden, disciplina y previsibilidad que en un buque de guerra en tiempos de guerra, especialmente después de un motín?

Pero «Colgar al Angel de Dios» es un extraño error de emparejamiento. Todos sabemos que el apuesto marinero no provocará un motín.

La novela trasciende estas consideraciones prácticas. Presenta claramente los aspectos más importantes de la imposición de un orden jurídico formal, obligatorio y centralizado en la vida social. Billy era el centinela del mástil de proa, mientras que Clegg era el guardia que trabajaba en la bodega. Billy siempre ha sido una persona despreocupada. Es una persona muy sencilla y no oculta nada. Tiene una alegría infantil. Es honesto y astuto y no tiene planes políticos. Representa una forma inocente de ser. Por el contrario, Clegg siempre está planeando y conspirando. Él oculta su pasado. Él es intrigante y manipulador. Está alejado del mundo. Billy es un ser dionisíaco; Clegg es un ser trascendente apolíneo. La ironía es que Billy en realidad está de pie en el mástil, que es más alto que el barco, mientras que Clegg está escondido dentro del barco.

Parte de la brillantez del drama griego reside en la afirmación simultánea de los aspectos apolíneo y dionisíaco de la psicología humana. Nota 55 Sólo equilibrando estos dos aspectos podremos vivir una vida saludable. El capitán Weir sintió que tenía que tomar una decisión. No pudo conciliar el conflicto entre estos dos aspectos, y esto lo desconcertó hasta su muerte. Sus últimas palabras fueron sobre Sailor Billy. Nota 56

Este tipo de oposiciones son comunes en la literatura y la filosofía occidentales. Nietzsche también lo mencionó en *El nacimiento de la tragedia* a partir *del espíritu de la música .* Nota 57 Lo mismo ocurre con el clasicismo en contraposición al romanticismo. El primero trata sobre la forma, el orden y la racionalidad, mientras que el segundo enfatiza la sustancia, la vitalidad, la libertad y la emoción. Guillermo. William Blake Lo mismo ocurre con la yuxtaposición del tigre y el cordero que hace Blake . Nota 58 James. James Cooper Fenimore " *Leatherstocking* Tales" de Cooper tiene el mismo tema, en el que aparecen el juez y Natti. Natty Bumppo) son complementarios. Nota 59: Al vivir en una jungla de cemento en una ciudad, es fácil para nosotros añorar la naturaleza intacta. Pero en las zonas salvajes del norte del estado de Nueva York, los jueces disfrutan de poner orden en el lugar. Esta temática también está presente en

películas como Harry *el sucio , donde el protagonista debe luchar contra burócratas para conseguir justicia.* Nota 60

Película Apocalipsis *ahora* Nota 61 Basado en Joseph Conrad La novela de Conrad El corazón de *las tinieblas* Nota 62 : Adaptada de la novela, la obra hace buen uso de tales conflictos y oposiciones. Al principio vemos a funcionarios estirados bebiendo té mientras la guerra continúa. Son falsos y pretenciosos y muy desagradables. Luego, siguiendo a Coates, abandonamos esta falsa cultura y entramos en el mundo natural. Del clasicismo pasamos al romanticismo. A primera vista parece agradable, vemos a Robert. Robert Dewar El personaje de Duvall es martirizado antes de lanzar un ataque en helicóptero, y luego la música de Wagner suena en el helicóptero mientras avanza el ataque. Luego, a medida que avanzamos río arriba y nos alejamos de la civilización, las cosas se volvieron menos atractivas. Coates abandonó todo lo relacionado con el orden civilizado. Una de las escenas es bastante inspiradora. El libro de Frazer "The Gold en Bough: A Study in Magic and Religion" aparece en *la mesa de café de Coates* . Nota 63 En este punto, la cultura de la formalidad y la afectación parece aún más atractiva.

En Mil novecientos ochenta y cuatro, vemos la opresión de los mecanismos colectivos. 64 Pero mientras vemos al Doctor Zhivago caminar por las estepas rusas cubiertas de nieve, el individualismo parece demasiado solitario. Nota 65 En *Guerra y paz* , *Pierre* cree que puede encontrar el sentido de la vida a través de la exploración intelectual y estudia un "ismo" intelectual tras otro, pero cuando es capturado por el ejército de Napoleón en el desierto, aprende de un campesino que el sentido de la vida se encuentra en la vida cotidiana. Nota 66

El artista de Camus , el protagonista pasa semanas intentando perfeccionar un cuadro. Nota 67 Cuando murió, sus amigos corrieron a ver lo que había completado. Pero se quedaron decepcionados porque parecía haber dibujado sólo una palabra y no podían distinguir si era "soledad" (solita ire) o " solidaridad " (solidare). Por cierto, antes de la "caída", Adán y Eva estaban junto con la naturaleza y Dios. Pero después de adquirir conocimiento al comer la manzana, sabían demasiado acerca de este mundo y se separaron de Dios. Se convierten en seres pensantes,

racionales y conscientes de sí mismos. Tenemos promesas que sólo pueden venir del Mesías (o Cristo). En la mitología de Oriente Medio, Gilgamesh debe elegir entre las perlas de sabiduría y su humanidad . Nota 68 Él eligió la humanidad.

En Walker. Caminante En *El* cinéfilo , *de* Percy , el protagonista se preocupa demasiado por la vida. Nota 69 Una vez, él estaba en un tren. Tenía muchas preocupaciones, entre ellas la de si debía huir con su primo. Continuó hablando consigo mismo, reflexionando sobre varios problemas difíciles. Se dio cuenta de que todos los demás en el tren estaban riendo, charlando y disfrutando el momento. ¿Por qué no pudo hacerlo? Su pensamiento excesivo sobre el mundo lo había alejado de él. Entonces se preguntó: ¿Es cierto que todos están borrachos y yo soy el único sobrio? ¿O es todo lo contrario? Nota 70: Craig podría haber hecho la misma pregunta. Pero Billy nunca lo entendería.

Este tema de la oposición es omnipresente en nuestra cultura. Éstas son dos actitudes hacia la comprensión del mundo y hacia los demás. Podemos ser como Apolo o podemos ser como Dioniso. Podríamos ser Billy o Clegg. El razonamiento jurídico nos exige elegir un lado en esta dicotomía, lo cual está plagado de riesgos.

La ley nos pide que elijamos entre varias características, como la previsibilidad y los errores de coincidencia. Además, la ley nos exige elegir entre varias posiciones de vida. Así que cuando un estudiante de derecho se enfrenta a una pregunta hipotética, la elección de cómo responder puede ser importante y hay mucho más en juego de lo que parece. Preguntarle a un estudiante si una viuda pobre debería ser obligada a cumplir un contrato cuyos términos parecen ser extremadamente injustos para ella es pedirle al estudiante que adopte una determinada postura ante la vida. ¿Debe colgarse un ángel de Dios? Esta es una elección desagradable. No sólo es difícil en la práctica sino que también es muy estresante emocionalmente. A los abogados y profesores de derecho sofisticados les resulta fácil navegar por este camino, pero para muchos estudiantes de primer año de derecho, este es un territorio nuevo.

A un ateniense que viera una tragedia de Sófocles le habría resultado difícil decidir si identificarse con un héroe solitario e independiente como Edipo o con un equipo sociable y tradicional. Nota 71 La obra está diseñada para proporcionar una experiencia emocionalmente catártica. La nueva generación de abogados se enfrenta a la difícil

elección entre el orden jurídico y la justicia individual compasiva, al igual que el público de la tragedia. Si ésta es la experiencia de la literatura occidental desde la tragedia griega hasta nuestros días, ¿es sorprendente que los estudiantes de primer año de Derecho tengan dificultades para comprenderla?

¿Cuántos profesores de derecho contractual podrían salir de sus aulas y mirar al público de Edipo?

Nota 37 : *Véase* Poderes, *Aspectos Estructurales* , 1264–65; *Véase también* Powers, *Formalism* , 27.

Capítulo 38 : FRANZ KAFKA, EL PROCESO 326–35 (ed. EM Butler, trad. de Willa y Edwin Muir, Random House ed. rev. 1956 [1925]).

Capítulo 39 : *Véase, en general,* Powers, *Formalismo* , pág. 27 (donde se analizan tres modelos estructurales del impacto del derecho en el deber moral). *Véase también* Powers, *Aspectos Estructurales* .

Capítulo 40 : John Voland, *Turner defiende la iniciativa de colorear películas* , LA TIMES (23 de octubre de 1986), www.latimes.com/archives/la-xpm-1986-10-23-ca-6941-story.html .

Capítulo 41 : *Véase, por ejemplo* , R. DUNCAN LUCE y HOWARD RAIFFA, GAMES AND DECISIONS: INTRODUCTION AND CRITICAL SURVEY 94-97 (Wiley 1957); PETER C. ORDESHOOK, GAME THEORY AND POLITICAL THEORY: AN INTRODUCTION 206-10 (Cambridge Books 1986).

Capítulo 42 : *Véase en general* JEAN-JACQUES ROUSSEAU, EMILE, OR EDUCATION 84–85 (trad. de Barbara Fox, JM Dent & Sons 4.ª ed. 1921 [1762]) (encargando al joven educador el crucial "arte de controlar sin preceptos y de hacer todo sin hacer nada en absoluto").

Libro 43 : VI LENIN, EL ESTADO Y LA REVOLUCIÓN 16–21 (trad. de Robert Service, Penguin Books 1992).

註44 : Alf Ross, *T û -T û ,* 70 HARV. L. REV. 812 (1957).

Libro 45 : JEAN-JACQUES ROUSSEAU, EL CONTRATO SOCIAL Y LOS DISCURSOS 32– 34 (trad. de GDH Cole, EP Dutton & Co. 1950 [1762]).

Véase 46 : MacPherson contra Buick Motor Co. 111 NE 1050 (NY 1916).

Capítulo 47 : Winterbottom v. Wright 152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842).

Libro 48 : Jean-Paul Sartre, *El existencialismo es un humanismo* , en EXISTENCIALISMO DE DOSTOYEVSKY A SARTRE 287, 292–94 (Walter Kaufmann ed. y trad., World Pub. Company 20ª ed. 1964 [1956]).

Capítulo 49 : *Véase* FRIEDRICH NIETZSCHE, *El nacimiento de la tragedia a partir del espíritu de la música, en* EL NACIMIENTO DE LA TRAGEDIA Y LA GENEALOGÍA DE LA MORAL 19-23 (trad. de F. Golffing, 1956) (donde se analiza la dualidad apolínea y dionisíaca).

Libro 50 : HERMAN MELVILLE, BILLY BUDD, SAILOR 101 (H. Hayford y M. Sealts eds., Univ. of Chicago Press 1962).

Libro 51 : *Id.* en 110–11.

Nota 52 : Lamour. Shaw fue presidente de la Corte Suprema de Massachusetts entre 1830 y 1860, donde redactó varias decisiones importantes, incluidas decisiones innovadoras en materia de agravios. Véase Brown v. Kendall (1850) (que exige que el demandante cumpla con ciertos estándares de negligencia en casos de intrusión). Si bien sus decisiones ayudaron a dar forma a las teorías en una variedad de campos legales y a las necesidades de desarrollo económico propias de la época, a menudo no protegieron a aquellos en el estado que más necesitaban la ley. Véase Morton J. Horwitz, La transformación del derecho estadounidense, 1780-1860, pág. 99, Harvard Univ. Prensa 1977. «La ley de negligencia se ha convertido en una herramienta importante mediante la cual las crecientes fuerzas de la sociedad estadounidense pueden desafiar y, en última instancia, abrumar a los económicamente desfavorecidos».
Nota 53 : *Véase* ROBERT COVER, JUSTICIA ACUSADA: ANTIESLAVITUD Y EL PROCESO JUDICIAL 4-5 (Yale Univ. Press 1975). (Discutiendo cómo Lamour Shaw era considerado antiesclavista, pero aplicó la ley con firmeza y emitió juicios severos contra los esclavos fugitivos).
Nota 54 : *Id.*
Nota 55 : *Véase* NIETZSCHE, EL NACIMIENTO DE LA TRAGEDIA.
Nota 56 : *Véase* MELVILLE, BILLY BUDD, 129.
57 Nietzsche, El nacimiento de la tragedia, pág. 19.
Nota 58 : ALFRED KAZIN, EL BLAKE PORTÁTIL 46 (Penguin Books ed. 1976 [1946]).
Nota 59 : James Fenimore Cooper, The Pioneers 15–29 (Penguin Books 1988 [1823]).
Capítulo 60 : HARRY EL SUCIO (Warner Bros. 1971).
Capítulo 61 : APOCALYPSE NOW (Zoetrope Studios 1979).
Capítulo 62 : JOSEPH CONRAD, EL CORAZÓN DE LAS TINIEBLAS (Penguin Books 1976 [1902]).
Capítulo 63 : APOCALYPSE NOW.
Libro 64 : GEORGE ORWELL, 1984 (Harcourt, Brace ed. 1949).
Libro 65 : BORIS PASTERNAK, DOCTOR ZHIVAGO (trad. de Richard Pevear y Larissa Volokhonsky, Vintage International ed. 2010).
Libro 66 : LEÓN TOLSTOI, GUERRA Y PAZ 1308 (trad. de Rosemary Edmonds, PENGUIN Books ed. 1982 [1869]).
Libro 67 : ALBERT CAMUS, *El artista en acción, en* EL EXILIO Y EL REINO 110 (trad. de Justin O'Brien, ed. Knopf, 1958).
Nota 68 : LA ÉPICA DE GILGAMESH (trad. de Andrew George, edición Penguin Books, 1999).
Nota 69 : WALKER PERCY, EL CINEASTA (Vintage International ed. 1998).
Nota 70 : *Id.* en 184–200.
Nota 71 : SÓFOCLES, EDIPO REY (trad. de Stephen Berg y Diskin Clay, Oxford Univ. Press 1978 [440 a. C.]).

Capítulo 4

Derecho y moral: positivismo y derecho natural

Los jueces King, Handy y Foster no estuvieron de acuerdo sobre "qué" es la ley. ¿De dónde viene el derecho? ¿Es algo que “descubrimos” en la naturaleza o es simplemente una creación humana? ¿Cómo lo definimos? ¿Podemos definir la ley sin hacer referencia a su contenido moral, es decir, si es “buena”? En términos más generales, ¿cuál es la relación entre “ley” y “moral”? ¿Son sinónimos? ¿O un sistema de regulaciones completamente diferente? ¿O la relación entre ellos es más complicada?

El rey creía que la ley era algo completamente creado por el hombre. Cualquiera que sea la ley que diga la agencia gubernamental, esa es la ley. Sin duda reconoció fuentes de derecho externas a la legislación, como las opiniones de tribunales anteriores o las reglas de agencias administrativas. Pero en cualquier caso, las leyes son producto de decretos gubernamentales. Es una creación humana. Eso no es algo que encontremos en la naturaleza (a menos, por supuesto, que consideremos a los humanos como parte de la naturaleza).

Para King, la ley y la moral son completamente diferentes. Esta concepción influyó en su aproximación al significado de la ley: los jueces deberían mirar sólo los decretos emitidos por el gobierno, en lugar de sus propios valores morales o los de la sociedad. Si los requisitos legales de Newgarth son poco éticos, deberían modificarse mediante la legislación, no mediante los tribunales. Lo que dice la ley y lo que debería decir son cuestiones completamente diferentes. Para garantizar que los jueces respeten esta distinción, no deberían referirse a la legislación en busca de material que no sea la letra de la ley. Hablar de “opinión pública” o de “propósitos” legislativos vagos (como hizo Foster) es adentrarse inadvertidamente en el ámbito de la “moralidad”, que no es ley. Así pues, lo que es la ley y lo que deben hacer los jueces están interrelacionados.

Para Han Di, no existe una línea divisoria entre la ley y la moral. La letra del estatuto es una “herramienta” para lograr resultados “apropiados”, y los resultados apropiados se basan en la opinión pública (y presumiblemente en la

propia opinión de Handy). La moral es una fuente de derecho, como también lo son otras ideas normativas sobre cómo ofrecer las mejores soluciones a las disputas individuales. Cuando Handy investiga la opinión pública o cualquier otra fuente de normas para llegar al resultado "correcto", no sale del ámbito legal; Él simplemente recurre a una de las infinitas connotaciones que pueden usarse para juzgar qué es la ley. Al igual que King, la visión de Handy sobre lo que es el derecho está relacionada con el método legal.

La visión de Foster es mucho más complicada. En su opinión, argumentó que la ley de Newgarth no se aplicaba en la cueva, por lo que las partes habían regresado al "estado de naturaleza". La fuente de la "ley natural" es independiente de la ley humana. Pero después de que el estado de naturaleza fue reemplazado por la sociedad civil, la ley natural fue reemplazada por la ley humana. Volveremos sobre estas cuestiones más adelante.

Para nuestros propósitos actuales, el argumento de Foster merece más atención. Incluso bajo la ley de homicidios de Newgarth, el canibalismo de los exploradores no constituía asesinato porque era irrelevante para el propósito disuasorio del estatuto. Foster no cree que la ley y la moral sean lo mismo. Él no cree que las cuestiones de los aspectos reales y de los aspectos deber del derecho sean las mismas. La legislación puede ser contraria a lo que Forster considera resultados justos, pero aun así la llevará a cabo. Sin embargo, la ley y la moral no están completamente separadas. Al explicar el significado de la legislación, Foster explora no sólo el texto de la legislación, sino también su propósito moral y sus objetivos.

Para determinar qué es la ley, los jueces necesitan evaluar lo que los legisladores (no los jueces ni Dios) piensan que debería ser la ley. No es posible distinguir claramente entre "ser" y "deber ser", ni entre "hechos" y "valores". Investigar los fines y propósitos de un sistema jurídico es investigar la ley, porque esos fines y propósitos son parte de la ley. O bien, he aquí otra explicación: puesto que los jueces deben investigar esos fines y propósitos para determinar qué es la ley, esos fines y propósitos (morales) deben ser parte de la ley. Así que para Foster el método legal es una cuestión relacionada con qué es el derecho.

Escuela de Pensamiento Jurídico

Respecto a la fuente del derecho y la relación entre el derecho y la moral, las tres posiciones anteriores definen a grandes rasgos tres escuelas de pensamiento. La posición del Rey era lo que se conoce como " positivismo " : la ley es una creación puramente humana (del gobierno), completamente distinta de la moralidad. Nota 72 Como posición filosófica, es consistente con la metodología de otras disciplinas y requiere un análisis cuidadoso del comportamiento de la superficie sin "crear" fuerzas misteriosas invisibles debajo de la superficie. La escuela conductual de la psicología es un ejemplo. Nota 73

llama "pragmatismo " : la ley es una herramienta utilizada por el gobierno para promover intereses sociales. Su connotación no es sólo moral, sino que tampoco excluye la moral. El pragmatismo tiende a lograr resultados que son de interés social. Para lograr este resultado, es necesario tomar en cuenta la opinión pública al determinar las implicaciones jurídicas de los casos individuales, porque la sociedad no rechazará ningún resultado que promueva sus intereses. Por lo tanto, las preferencias de la gente son también aquello a lo que los jueces que enfatizan el pragmatismo deben prestar atención al determinar el significado de la ley. El pragmatismo como posición filosófica es similar al utilitarismo, que sostiene que al juzgar la acción o política correcta, uno debe investigar las preferencias de todos aquellos cuyos intereses se ven afectados. Nota 74

La posición de Forster es una de "ley natural". La ley está "ahí" en el mundo natural, sin necesidad de que los gobiernos promulguen leyes. Es decir, la ley existe en la naturaleza misma y no requiere ninguna acción por parte del ser humano. Podría ser Dios inscrito en la naturaleza. Algo así como esto es la primera parte del argumento de Forster, que trata del derecho en el estado de naturaleza. Un juez puede hacer valer dicha "ley" y aplicarla sin consultar las disposiciones legales. O bien, se puede legislar de manera contraria a la ley de la naturaleza y no ser ley en absoluto. Esta teoría debe explicar cómo los jueces determinan el contenido de la ley natural. Generalmente mediante el uso de la razón 75 Pero también podría ser por revelación. Nota 76

En la segunda parte de su argumento, Foster propone lo que podría llamarse una posición de ley “natural nueva”. La

ley no existe en la naturaleza misma, y ni siquiera existe sin un gobierno que promulgue leyes, pero la ley no carece enteramente de propósito moral. Porque si el texto de la ley escrita es ambiguo, el juez debe referirse a la finalidad legislativa (moral) para confirmar las expectativas legislativas.

Los profesionales del derecho y los filósofos se han comprometido desde hace mucho tiempo a explorar la relación entre el derecho y la moral. Los jueces y abogados deben decidir qué factores deben tener en cuenta al aplicar la ley, pero a menudo esto no está claro. Los estudiantes de Derecho de hoy no parecen preocuparse demasiado por esto. Si les preguntas qué es el derecho, generalmente responderán: "Es lo que aprendimos en la facultad de derecho". Esta afirmación es muy similar a lo que dijo el juez Porter. Alfarero Stewart) sobre qué es el porno hardcore pornografía): quizá no pueda definirlo, pero lo reconoce cuando lo ve . Nota 77 Los estudiantes de Derecho de hoy son generalmente positivistas. Son buenos criticando la ley desde un punto de vista moral (externo), pero no argumentarán que no es la ley.

Sin embargo, los filósofos a menudo desean proporcionar una definición rigurosa del derecho. ¿Es el derecho una disciplina independiente o simplemente una rama de la moral, la política o la economía? En cualquier caso, el debate entre positivismo y derecho natural ha sido un tema central en la filosofía del derecho durante siglos. Nota 78 Ahora discutiremos esto con más detalle.

Hay dos escuelas básicas de pensamiento en la tradición del derecho natural. Se sostiene que los valores morales derivan de la naturaleza, generalmente de Dios. Nota 79 A primera vista, ésta parece ser una proposición moral que no tiene nada que ver con el sistema jurídico. Según esta teoría, la moralidad se descubre en la naturaleza, generalmente a través del funcionamiento de la razón natural. Nota 80 (o posiblemente por revelación); No fue creado por humanos. La segunda es la jurisprudencia o teoría jurídica, que sostiene que las leyes del sistema jurídico son idénticas a los principios morales del derecho natural. Nota 81Dicho de otra manera, si los humanos intentan hacer leyes que sean contrarias a la moral, entonces no es ley en absoluto.

Estas dos tradiciones del derecho natural (las perspectivas ética y jurisprudencial) a menudo coexisten, pero no necesariamente tienen que hacerlo. Se puede creer que la moralidad se encuentra en la naturaleza, o incluso que fue creada por Dios, pero las leyes humanas son algo completamente distinto. O, por el contrario, se podría creer que la moral es una creación enteramente humana o cultural y que la ley es enteramente coherente con ella. Esta es la versión jurisprudencial del derecho natural, que afirma que el derecho es moralidad (independientemente de dónde provenga la moralidad).

No necesitamos estudiar las diversas teorías de la ley natural, sino centrarnos sólo en los defensores importantes de la historia: Cicerón Nota 82 y el estoicismo Nota 83. Hooker Nota 84. Grocio Nota 85. Samuel Pufendorf Pufendor f) Nota 86 : John Locke Locke nota 87 , y especialmente Tomás de Aquino Santo Tomás de Aquino Nota 88 y William. Blake Stone Nota 89 .

Una característica interesante de la perspectiva del derecho natural en la jurisprudencia es que es al mismo tiempo conservadora e innovadora. Si una norma es verdaderamente "ley", entonces por supuesto es moral, por lo que no hay espacio moral para la crítica. Sin embargo, si no es moral, no es ley en absoluto y, por lo tanto, no existe obligación legal de obedecerla.

En la historia jurídica estadounidense, el más poderoso defensor de la ley natural fue William. Blackstone, que publicó "Explicaciones de las leyes de Inglaterra" en 1765; Eduardo. Edward Coke Los Institutos de Coke , publicados entre 1628 y 1644, fueron igualmente influyentes. Para Blakestone, las leyes que violan la ética natural no son leyes en absoluto. Vemos esta facción en la Declaración de Independencia, que menciona "derechos inalienables". Nota 90 , es decir, cualquiera que sea la estipulación del derecho civil, la sociedad civil no puede abandonar los derechos naturales. Hasta hace poco todavía podemos ver argumentos que se hacen eco de esta tradición, como el de Martín. Lutero. Martín Lutero Rey , " Carta desde la cárcel de Birmingham" desde Birmingham Cárcel Nota 91 . En su carta argumentó que hay dos tipos de leyes: leyes justas y leyes injustas, y que las leyes injustas no son leyes en absoluto.

Sin embargo, incluso en el argumento de Blackstone vemos aspectos del positivismo. En la sociedad moderna, es obvio que algunas leyes, como las tasas impositivas u otras

leyes regulatorias técnicas, no son inherentes al universo o incluso a nuestra ética cultural. Para Blakestone, la ley natural tiene lagunas y la ley positiva humana llena los detalles. Nota 92 El Dr. King cree lo mismo. Hoy en día, es difícil encontrar un profesor o estudiante de derecho que argumente que la legislación fiscal no es "ley" porque la tasa impositiva es incorrecta. Como sostiene Blakestone, vivimos en una época que es al menos en parte positivista.

Soberanía y derecho

Del mismo modo, el positivismo tiene orígenes antiguos. Se asocia principalmente con el sofista . En el primer volumen de La República, Platón, en nombre del sofista Trasímaco, planteó la proposición de que la justicia está a favor de los poderosos y la discutió. Nota 93 Esta afirmación, y su corolario, de que "las leyes no son más que convenciones", es un argumento importante de los sofistas. Pero nuestra principal preocupación es la tradición moderna del positivismo, que comienza con la obra del siglo XVIII de Bentham, Un *fragmento sobre el gobierno* . Nota 94 En su libro, Bentham critica la explicación que Blackstone da de la ley natural. Su principal objetivo de crítica fue el concepto de contrato social como base del gobierno, que Blackstone, siguiendo a Locke, basó en la ley natural y los derechos naturales. Según Locke, ciertos derechos naturales persisten en la sociedad civil. Nota 95 Estos derechos son inalienables en el contrato social. Por tanto, Tomás. Thomas Jefferson Jefferson afirmó derechos "inalienables" en la Declaración de Independencia . Nota 96

Bentham consideraba que el concepto de contrato social era una ficción inútil. Sostuvo que el gobierno tiene sus raíces en la habituación de los miembros de la sociedad a obedecer la voluntad de un individuo o grupo de individuos en particular. La ley es la expresión de la voluntad de tal individuo o grupo. Por lo tanto, todas las leyes en la sociedad son leyes positivas. Ninguna ley puede ser independiente de la voluntad individual o colectiva que habitualmente respetan los miembros de la sociedad, y esta voluntad individual o colectiva no necesariamente refleja ni está guiada por normas morales.

La versión de Locke del contrato social no es la única versión. Antes de Locke, Hobbes había construido su teoría política sobre la base de un contrato social: los seres humanos (hipotéticos, no históricamente existentes)

intercambiaban las libertades y los derechos naturales que disfrutaban en el "estado de naturaleza" por la seguridad de la sociedad civil. Nota 97 Volveremos a otras versiones de la teoría del contrato social en el capítulo 7, como Rousseau, Kant y Rawls. Las teorías de estos filósofos son importantes cuando juzgamos si un sistema legal está moralmente justificado o si los ciudadanos tienen la obligación moral de obedecer la ley. Sin embargo, para nuestros propósitos aquí, el punto es que para Bentham, la sociedad civil y sus leyes no se basan en un contrato en el que los humanos intercambian los derechos naturales que disfrutan en el estado de naturaleza. Bentham era un positivista acérrimo.

Surge la pregunta: ¿cómo identificamos o definimos lo que constituye el derecho positivo de la sociedad civil? ¿Cuentan algunas normas? Gramática, ¿eh? ¿Y qué pasa con la etiqueta? ¿Reglas del béisbol? ¿Podemos definir el derecho positivo sin referencia a las normas morales, rompiendo así la frontera entre el derecho y la moralidad? La tradición del derecho natural también tiene sus problemas. Si las leyes de la naturaleza se aplican universalmente, ¿cómo explicamos los diferentes contenidos jurídicos en distintas jurisdicciones? ¿Cómo conocemos la ley natural? Pero en los tiempos modernos, los detalles del derecho positivo están en el centro del debate.

El enfoque de Bentham para este problema fue argumentar que la ley es el uso de símbolos para expresar la voluntad soberana. Nota 98 Dicho de forma más sencilla, la ley es el mandato del soberano. Eso suena razonable. La legislación (soberanía) prohíbe el asesinato (orden). Pero la pregunta es quién es "soberano" y qué cuenta como "órdenes". Bentham definió la soberanía como "cualquier persona o grupo de personas a cuya voluntad se presume que obedece toda la sociedad política". Nota 99 La soberanía se vuelve políticamente superior. Y esto es problemático. El hecho de que un estado en los Estados Unidos no sea políticamente superior al gobierno federal ¿no lo convierte en “soberano”? ¿O acaso los decretos promulgados por su legislatura no son “leyes”? Los estados pueden estar políticamente desfavorecidos en algunas cuestiones, pero políticamente desfavorecidos en otras. Así que el problema todavía no está resuelto.

Lo importante del enfoque de Bentham no es si es satisfactorio (claramente hay algunos aspectos

insatisfactorios), sino que inició una tradición de intentar definir el derecho en términos puramente amorales. Al menos la ley se define como los "órdenes" del "soberano", independientemente de si el contenido de la orden es bueno o malo.

El discípulo de Bentham, Juan. Austin (Juan Austin escribió *La* provincia de la jurisprudencia *determinada en 1832* .Nota 100 . Esta obra también es crítica a Blakestone y su concepto de ley natural. Su propósito principal es construir la teoría jurídica como algo diferente de la ética moral.

Para Austin, la ley es una orden de los superiores políticos a sus inferiores.Nota 101 Esto es similar a Bentham. La discusión de Austin sobre estos conceptos es más comprensible y también difiere de la de Bentham en los detalles. Se convierte en la cuenta más completa y confiable. Una "orden" es "una declaración o mensaje de una expectativa" que conlleva una amenaza de castigo si la expectativa no se obedece.Nota 102 Un límite de velocidad de setenta millas por hora cumple con esta definición. La legislatura aprobó leyes que expresan su deseo de que la gente no conduzca a más de setenta millas por hora y amenazan con sanciones para quienes desobedezcan. ¿Qué pasa con el derecho de patentes, el derecho de transferencia de propiedad o el derecho testamentario? Estas leyes nos facilitan hacer las cosas, pero no hay sanciones si no las utilizamos. Lo que Austin parece tener en mente es el derecho penal, o el derecho de responsabilidad civil. Algunos han intentado hacer que la ley de patentes se ajuste a esa definición: si no se siguen las reglas, se pierde el beneficio de la patente. Pero incluso si la definición de Austin es inadecuada, sí captura una característica importante del derecho: el derecho es a menudo, aunque no siempre, coercitivo.

La segunda pregunta de Austin es qué se considera “soberanía”. ¿Un pistolero cuenta? O podríamos preguntarnos: ¿qué pasa con la Alemania nazi? Es cierto que algunas entidades no lo son, pero Austin no puede identificar la soberanía únicamente a través de la legitimidad. Esto parece un estándar moral que socava el propósito fundamental de distinguir entre ley y moralidad. Así que la respuesta de Austin apela a los hechos: la soberanía es el objeto al que la gente en un área geográfica determinada está acostumbrada a obedecer, y este objeto

no necesita obedecer a otros objetos. Nota 103 Esa no es la definición de moralidad. Podría incluir las leyes de la Alemania nazi; Podría excluir a los entrenadores de fútbol. Los entrenadores de fútbol también suelen delegar en los demás. La Iglesia (en el sentido moderno) no es objeto de obediencia consuetudinaria dentro de un área geográfica, pero también es costumbre obedecer al gobierno. (Tal vez la Iglesia católica medieval hizo leyes basadas en la definición de Austin). ¿Pero qué pasa con los gobiernos estatales y federales? Pueden ceder el uno al otro, dependiendo del tema. ¿Qué pasa con el mecanismo de descentralización? La legislatura "delega" en los tribunales en cuestiones constitucionales, pero los tribunales delegan en la legislatura en cuestiones de tasas impositivas.

Incluso con estos problemas, Austin todavía está un paso más cerca de su objetivo. Identifica el carácter a menudo amoral de la ley e intenta definir la "ley" sin hacer referencia a la "moralidad".

Oliver Holmes Wendell Holmes no era principalmente un filósofo del derecho, pero ofreció una explicación concisa y poderosa del positivismo: para entender nuestras obligaciones legales , deberíamos hacer las mismas preguntas que haría una mala persona. Nota 104 ¿Cuáles son las obligaciones de las partes en un contrato? Podríamos decir que ella hizo una promesa y por tanto está obligada a cumplirla. Para Holmes, eso fue simplemente una declaración moral. El "malo" ve dos opciones: puede cumplir el contrato y evitar pagar la indemnización, o puede romper el contrato, es decir, prometer, y luego pagar la indemnización. Por tanto, está legalmente obligado a cumplir el contrato o a pagar una indemnización. A la ley no le importa cuál sea elegido. Ninguna de las opciones es privilegiada. Decir que existe una obligación legal de cumplir un contrato es meramente una declaración moral. Holmes no refinó la definición de ley de Bentham o Austin, pero su metáfora del "chico malo" nos ayuda a aclarar conceptos morales de nuestra comprensión de lo que es la ley.

Kelsen y Hart

pura del derecho en 1934 . Nota 105 Kelsen define el derecho como el uso de la fuerza coercitiva para garantizar el cumplimiento de un sistema de normas. Sostiene que la

importancia de las normas reside en “qué se debe hacer” . debería a ser hecho) declaración. "Los vehículos más lentos deben circular por la derecha" expresa una norma. ¿Por qué “debería” no es un concepto moral inválido? Kelsen dijo que una "norma" debe seguirse no por razones morales, sino porque es una norma válida en un sistema normativo (legal) efectivo . Nota 106 Una ley determinada debe ser obedecida porque una norma jurídica superior confirma su validez, la cual a su vez es confirmada por otra norma jurídica superior, y así sucesivamente. Una ley de asesinato es una norma aprobada por la legislatura; Otra norma superior (como el artículo I de la Constitución) dispone que las normas aprobadas por el Congreso son válidas. Al final se llegará a una norma básica, que Kelsen denominó " Grundnorm " . Nota 107 Hace que todo el sistema sea efectivo. En Estados Unidos, eso parece lealtad a la Constitución y al sistema federal que ella estableció. Las normas básicas se consideran la base lógica del sistema. Nunca necesita ser "justificado" y no es derivativo. La eficacia de una ley determinada deriva del sistema jurídico que produce las normas básicas.

Un sistema jurídico así puede ser estático (como los Diez Mandamientos) o dinámico (como "obedecer al rey"). El sistema jurídico estadounidense es dinámico y fiel a las complejas normas fundamentales de la Constitución. Kelsen añade luego una restricción positiva: para que exista un sistema jurídico debe ser “aproximadamente” eficaz. Nota 108 Por tanto, una institución completamente ficticia no es una institución jurídica. Esto es un poco como las órdenes de los superiores políticos mencionadas por Bentham y Austin: toda la sociedad o la mayoría de la gente obedece a cierta persona o a cierto grupo de personas. Nota 109 Nota 110

El enfoque de Kelsen tiene una ventaja sobre el de Austin. Los tribunales federales no cumplen con la definición de Austin de ser obedecidos por otros pero no ser obedecidos por otros. Los tribunales federales a veces remiten a los tribunales estatales, pero en otras cuestiones deben remitirse a los tribunales estatales. A veces el poder legislativo cede ante los tribunales, pero en otras cuestiones los tribunales pueden tener que ceder ante la legislación. La definición de Kelsen evita este problema. Las decisiones de los tribunales federales son normas válidas dentro de un sistema normativo válido porque su validez está definida por

un sistema normativo válido que a su vez está respaldado por las complejas normas básicas del constitucionalismo estadounidense. De manera similar, el derecho testamentario y el derecho contractual no se ajustan a la teoría del "mandato" de Bentham o Austin, pero siguen siendo normas válidas en el sistema de normas válidas.

La teoría de Kelsen es incompleta porque para que funcione debemos suponer la existencia de normas básicas. ¿Por qué es una presunción? ¿Por qué no deducirlo? Una respuesta es que en geometría también tenemos que inferir ciertos axiomas sin inferir su origen, y esto puede conducir a un sistema estable de teoremas. Además, Kelsen captó las intuiciones de la mayoría de los abogados y estudiantes de derecho. Si se les preguntara por qué la norma que rige el asesinato es una "ley", probablemente dirían porque así lo dijo la legislatura. ¿Por qué dice eso el legislador? Porque así lo dice la Constitución. ¿Por qué dice esto la Constitución? Bueno eso fue lo que pasó de todas formas. Haces demasiadas preguntas De hecho, “presumimos” la validez de un sistema jurídico antes de reconocer las reglas que produce como derecho.

El último positivista que consideraremos es H. L. A. Hart , quien escribió *El concepto de* derecho en 1961 .Nota 111 : Las conferencias de Hart sobre Holmes en la Universidad de Harvard en 1958 Conferencia sobre "La diferencia entre derecho y moralidad", que se publicó en Harvard Law Review el mismo año.Nota 112 Lang. Fuller publicó una respuesta entusiasta y positiva sobre el mismo tema.Nota 113 Discutiremos los argumentos de Fuller a su debido tiempo. Hart siguió a Austin y Kelson, pero intentó mejorar lo que a ellos les faltaba.

Hart se opone a la apelación de Austin a los "órdenes" porque no puede explicar leyes como la Primera Enmienda, leyes que crean cargos públicos o leyes que facilitan transacciones, como contratos y testamentos.Nota 114 Al igual que Kelsen, también se opuso al concepto de “soberanía” construido por Austin, argumentando que soberanía significa obtener obediencia habitual pero no obedecer a los demás.Nota 115 Incluso el Rey de Inglaterra estaba obligado por la Carta Magna, por no hablar del Congreso americano, que obedecería a los tribunales o a la Constitución. Tampoco le satisfizo la mera propuesta de normas básicas de Kelsen.Nota 116

Hart dijo que la ley es "una colección de reglas primarias y secundarias". Nota 117 : Los miembros de una comunidad política generalmente la seguirán en la mayor medida posible. Las reglas primarias rigen el comportamiento humano, como la ley de negligencia o la ley tributaria; Las reglas secundarias nos dicen cómo surgieron las reglas primarias. Los tribunales de derecho consuetudinario establecen reglas sobre negligencia y las legislaturas fijan tasas impositivas. Las reglas secundarias superiores nos dicen cómo surgen las reglas secundarias inferiores, como la delegación de autoridad del Congreso al IRS y la autorización constitucional para que el Congreso legisle. Este argumento es bastante similar a la teoría de Kelsen. Y todavía necesitamos una regla final para que todo el proceso funcione.

Para Kelsen, la regla última es la norma básica, cuya validez se infiere lógicamente. Para Hart, esa es la "regla de reconocimiento" . de Reconocimiento). Nota 118 En los Estados Unidos, las reglas de reconocimiento son similares a las que sigue nuestro sistema constitucional. La norma básica de Kelsen es una condición necesaria, la regla de reconocimiento de Hart es una existencia de facto. 119 Así como un sociólogo o un antropólogo pueden observar lo que realmente hace una cultura e identificar sus reglas de reconocimiento, un biólogo puede observar el comportamiento de las abejas e inferir que obedecen a la abeja reina.

Para Hart, podemos ver el derecho (y por tanto el campo de los estudios jurídicos) como un fenómeno fáctico del mundo socializado, sin referencia a la moralidad. Esto nos permite distinguir el derecho de la moral como objeto de estudio. Delinea las fuentes del derecho para los jueces y otros burócratas que lo interpretan. Distingue claramente entre las obligaciones morales y las obligaciones jurídicas. Algunos han argumentado que la separación positivista entre la ley y la moral puede llevar a las personas (especialmente a los jueces) a aceptar leyes malas e ignorar obligaciones morales que entran en conflicto con la ley. Hart responde argumentando que una distinción clara entre derecho y moralidad puede de hecho permitir a los individuos (y a los jueces) centrarse en sus obligaciones morales, que son distintas de sus obligaciones legales. Nota 120

El hecho de que algo sea "legal" no significa que sea "moral".

Como hemos visto, la fórmula de Hart tiene sus problemas, pero refleja bastante sentido común. La mayoría de la gente hoy en día cree que aunque una ley pueda ser moralmente mala, sigue siendo una ley. El pensamiento de los estudiantes de derecho después de ingresar a la facultad de derecho es que "la ley es lo que la legislatura dice que es ley". De hecho, a menudo les resulta difícil imaginar cómo los conductores imprudentes podrían infringir la "ley" si no existiera legislación. Su confusión radica en que sus reglas de reconocimiento son demasiado simples. Luego internalizan el concepto de derecho consuetudinario, por lo que la ley también puede ser lo que dicen los tribunales. Luego pasan a las reglas de la agencia, a los conflictos relacionados con el federalismo, etc. Pero son básicamente positivistas. Creen que la ley es un sistema complejo de mecanismos legales llamados leyes.

Sin embargo, muchos estudiantes de derecho comparten las quejas de los críticos de Hart. Nota 121 Distinguir entre derecho y moralidad nos deja sin una idea de cómo “debería” terminar un caso o de una justicia social más sana. Al igual que el sofista, los abogados son positivistas expertos en ganar argumentos, pero también deben preocuparse por la integridad moral. Ésta es la crítica de Sócrates. Hart respondería que los abogados deberían preocuparse por la justicia, pero no deberían confundir la ley con la justicia.

Volveremos sobre este punto más adelante. Vale la pena mencionar que esta es una cuestión psicológica más que analítica. ¿Qué método puede hacer que un individuo se preocupe por la justicia mundial? Son preguntas interesantes que merecen experimentos psicológicos para resolverlas. Hart sostiene que una distinción estricta entre derecho y moralidad nos permite centrarnos más en las obligaciones morales independientes, lo que él cree que es un hecho empírico. Hacerlo no suprime las obligaciones morales. Pero no pretendemos explorar aquí estas cuestiones psicológicas.

Obviamente, los estudiantes que no quieran excluir la cuestión del desequilibrio moral del análisis jurídico no apelarán a teorías sólidas de derecho natural y argumentarán que las leyes malas son ilegales. No volverán a la posición de Blakestone. Podrán argumentar que la

enseñanza de derecho debería poner mayor énfasis en la justicia social, pero no criticarán la separación analítica entre el derecho y la moral. De hecho, su crítica del derecho estadounidense por considerarlo contrario a la justicia social presupone precisamente esta posición.

¿Por qué necesitamos un sistema legal?

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió una "nueva teoría del derecho natural", impulsada principalmente por Lon de Harvard. Fuller y Henry. Enrique METRO Ciervo Jr.). A Fuller le preocupaba que el positivismo permitiera a los jueces de la Alemania nazi aplicar leyes horribles. Nota 122 Si aquellos jueces hubieran considerado el cruel y extraordinario propósito que la ley pretendía alcanzar, tal vez lo habrían pensado dos veces. El positivismo es moralmente ciego en su funcionamiento. Como hemos visto, Hart no está de acuerdo. Pero no hay duda de que la conducta de los jueces alemanes que creían en el positivismo durante el régimen nazi hizo que los positivistas se sintieran incómodos, lo que es una de las razones por las que Fuller creía que el derecho y la moral no deberían separarse, incluso si pueden separarse. Él cree que incluso si quisiéramos separarlos, no podríamos separarlos completamente.

libro de 1964 La moralidad del *derecho* . Nota 123 y una respuesta a las Holmes Lectures de Hart en la Harvard Law Review Nota 124 . En primer lugar, la ley, por su naturaleza, tiene una "moralidad inherente". Sin esa connotación no es ley. Nota 125 Supongamos que el Rey Rex quiere establecer el orden legal. Pronto se dará cuenta de que debe adoptar "reglas" que sean de carácter general y no sólo aplicar pronunciamientos individuales. Sus leyes deben hacerse públicas o no podrán obedecerse. Las leyes no pueden ser sólo pensamientos privados. Deben mirar hacia el futuro y no hacia el pasado. Deben ser comprensibles. Deben ser coherentes y no contradecirse entre sí. Los ciudadanos deben poder obedecer la ley. No se pueden cambiar con demasiada frecuencia. Deben tener un grado necesario de coherencia con el comportamiento oficial. Si el Rey Rex no se adhiere a estos principios, no sólo está creando un sistema legal "malo", sino que no está creando ningún sistema legal en absoluto. Estas características son inherentes al "derecho".

Aceptemos estas afirmaciones por el momento: sin estas características, la ley no es ley. ¿Y cómo conectan el derecho y la moral? Fuller sostuvo que estas características son las que deberían permitir que un orden jurídico tenga éxito. Nota 126 Esas características son la razón por la que apreciamos el "estado de derecho". Hacen que la interacción humana sea “mejor”. Por lo tanto, la ley tiene una "moralidad interna" inherente. Nota 127

No logro comprender la validez de esta afirmación. Digamos que el Rey Rex quiere hacer una hamburguesa con queso. Encontró siete ingredientes: pan, carne molida cocida, queso suizo, mayonesa, cebollas, pepinillos y salsa de tomate. Incluso especificó los ingredientes con cantidades y pesos precisos. Describe los "elementos clave" específicos de una hamburguesa con queso, pero no menciona principios normativos como la " bondad " . Ahora señala que los ingredientes tienen un sabor delicioso y valor nutricional. ¿Significa eso que no podemos decir que es una hamburguesa con queso sin hacer referencia a la moralidad? No creo que Bentham, Austin, Kelsen o Hart quisieran argumentar que la ley no es una buena manera de regular la interacción humana. Después de todo, Kelsen dijo que la ley debe ser "efectiva"; Hart también dijo que la ley es un sistema de concesiones mutuas que protege a los individuos y sus propiedades al imponer su cumplimiento mediante la coerción. Nota 128 Esas son buenas características.

Fuller luego sostiene que las características inherentes de la ley (como su generalidad y publicidad) aumentan la probabilidad de que los legisladores promulguen leyes "buenas" . Nota 129 Las acciones de los funcionarios nazis a menudo (pero no siempre) se vieron exacerbadas por su secretismo y su naturaleza selectiva. Por supuesto, incluso las leyes que cumplen los requisitos de Fuller pueden ser malvadas, y los códigos de esclavitud bien elaborados cumplen todos o la mayoría de los requisitos. Pero estas características al menos ayudan a mejorar el contenido de la ley.

El argumento de Fuller parece tener sentido. Por eso tenemos la Ley del Sol Nota 130 , centrándose en diversos procesos del sistema jurídico. Pero, de nuevo, se trata de una conexión práctica entre el derecho y la moral, no analítica. Los positivistas no tienen motivos para negarlo.

Hart todavía podría encontrar una ley así sin referencia a la moral, por ejemplo.

Fuller también cuestionó la regla de reconocimiento de Hart. Nota 131 Hart dice que esta regla es un hecho . Pero Fuller argumentó que si el sistema legal establecido por esta regla no logra crear un orden mínimamente bueno, no es un hecho. En otras palabras, si el sistema jurídico que establece no tiene algún valor normativo positivo, la gente no lo "reconocerá". Por lo tanto, debe haber al menos una conexión mínima entre la ley y la moral.

El argumento de Fuller parece plausible, pero es enteramente empírico. No demuestra la relevancia analítica del derecho y la moral que los positivistas niegan. Puede haber algunas conexiones empíricas entre el derecho y la moral . Las condiciones que llevan a las personas a creer que matar es inmoral también pueden llevarlas a creer que matar es ilegal. Los positivistas no niegan la relevancia de esta evidencia.

Fuller en realidad tenía dos estrategias. Están interrelacionados y ambos pueden utilizarse en la interpretación jurídica y en la metodología jurídica. Ambas estrategias se centran en el método legal que Fuller construyó a través de los argumentos de los jueces King, Handy y Foster en el caso de la oleada espeleológica. Se apoyan en diversas escuelas de filosofía del lenguaje del siglo XX, especialmente Ludwig. Ludwig Wittgenstein La filosofía de Wittgenstein . Nota 132 Estas teorías filosóficas y la relación entre el derecho y la moral han tenido un impacto significativo en el pensamiento jurídico del siglo XX (y actual). Casi todos los estudiantes (y profesores) aceptan la base positivista que sostiene que sólo porque algo sea legal no significa que sea moral, y viceversa. Generalmente son positivistas. Son relativamente indiferentes a los detalles del debate académico. Pero el debate sobre el método legal continúa, incluso en las audiencias de confirmación del Senado. Resulta que éste también es un argumento positivista.

Fuller sostiene que no podemos saber qué significa una orden a menos que conozcamos su contexto narrativo y los fines que se supone que debe lograr. Nota 133 Supongamos que un ayuntamiento aprueba una ley que prohíbe la entrada de "vehículos" a un parque. Hart diría que la regla es la ley y no necesita referirse a la moral porque fue aprobada por el

concejo municipal, que fue autorizado por la constitución estatal y puede rastrear su autoridad hasta allí. Finalmente nos conectaremos con la regla de reconocimiento (similar a la que sigue el constitucionalismo americano).

Sin embargo, Fuller diría que sólo reconocemos algunas palabras. Una comprensión completa de los requisitos de la ley depende del significado de estas palabras. ¿Estas leyes prohibirían los cochecitos de bebé en los parques? ¿Qué pasa con las bicicletas? ¿Qué pasa con los tanques como instalaciones conmemorativas? Debemos conocer el propósito de la regulación para responder a estas preguntas, y esa es una cuestión normativa (moral). ¿Su propósito es reducir la contaminación? ¿O proporcionar a los niños un lugar más seguro para jugar? Ambos propósitos sugieren que no se deberían prohibir los cochecitos. Si el objetivo es reducir la contaminación, esto demuestra que no se deberían prohibir las bicicletas, pero si el objetivo es garantizar la seguridad de los niños, entonces deberían prohibirse. Debemos saber qué es lo que la ley pretende lograr antes de poder saber qué es la ley . Así pues, el propósito, finalidad o propósito de estas normas es parte de lo que es el derecho . Esta es la metodología utilizada por el Presidente del Tribunal Supremo Foster en "El caso de la oleada espeleológica".

Los argumentos de Fuller siguen una cierta escuela de filosofía del lenguaje del siglo XX. A principios del siglo XX, Bertrand. Bertrand Russell Russell) y Alfred. Norte. Alfred Whitehead Norte Whitehead) Estos filósofos intentaron comprender el significado de una manera formal y lógica. Wittgenstein adoptó este enfoque en su primera obra, *el Tractatus .* Nota 134 Pero más adelante, en *sus Investigaciones filosóficas ,* adoptó un enfoque diferente. Nota 135 El lenguaje es una actividad humana contextual y tiene un propósito. Entonces, cuando los padres le dicen a su niñera que les enseñe juegos a sus hijos, los "juegos" no incluyen juegos sexuales o juegos de guerra. Esto depende del contexto y el propósito. Este libro no pretende explorar toda la filosofía del lenguaje del siglo XX, pero Fuller estuvo claramente influenciado por ella.

Según Fuller, algunas cosas que parecen dicotómicas en la superficie no son tan distintas como pensamos. El significado y el propósito están relacionados. También lo son los hechos y los valores. Imagínese un contrato sencillo. Podemos hacer preguntas como qué es un contrato, cómo se

forma, sus elementos esenciales, etc. Cuando enseñamos a los estudiantes sobre derecho contractual, ¿no tendría sentido comenzar con estas preguntas? Esto es lo que la mayoría de los estudiantes de derecho esperan.

Sin embargo, muchas generaciones de estudiantes de derecho comenzaron con una pregunta diferente: ¿Qué sucede cuando no se paga? ¿Qué daños y recursos están disponibles? ¿Qué valores e intereses protegen los contratos? O más concretamente, ¿tenemos la obligación de restablecer a la parte lesionada a la situación anterior a la celebración del contrato? ¿O tenemos la obligación de dejarla en una posición tan buena como la que se haya cumplido con el contrato? Si compra trigo por $100 y resulta que vale $150 el día de la entrega, ¿debería recuperar sólo $100 (el beneficio por confianza) o debería obtener una ganancia de $50 (el beneficio esperado)? La respuesta es la última. Nota 136

¿Por qué empezar con estas preguntas? Porque el libro de casos contractuales de Fuller (y muchos otros que le siguieron) comienza con estas preguntas. Nota 137 ¿Por qué? Porque debemos saber qué es lo que el contrato pretende conseguir para poder entender lo que es el contrato, es decir, hay que conocer el propósito del contrato. Recordemos que primero debemos conocer el propósito de prohibir la circulación de vehículos en el parque antes de poder saber si algo cuenta como vehículo. Así que nuestro curso sobre contratos comienza con el hecho de que el propósito de un contrato es proteger las expectativas de las personas. Pocos estudiantes (o profesores) saben por qué un curso de contratos comienza con la cuestión de los daños. Esto se debe a que Fuller se opuso a las afirmaciones del positivismo. (Porque esto se olvida, muchos cursos contractuales comienzan con la formación del contrato.) Nota 138

La forma en que las personas piensan sobre la relación entre el derecho y la moral está relacionada con su postura sobre la metodología jurídica. ¿Cómo extraemos significado del material legal? Ésta es la cuestión central de aprender a pensar como abogado. Ésta es también la cuestión central de la educación jurídica. El trabajo de Fuller y otros académicos de la Facultad de Derecho de Harvard dio origen a una escuela de pensamiento a mediados del siglo XX llamada " Procedimiento legal ". Proceso) escuela. Nota 139

Más adelante examinaremos esto en un contexto histórico. También estuvo profundamente influenciado por los argumentos de Fuller a favor del positivismo.

Las opiniones de Fuller sobre el positivismo también influyeron en la educación jurídica de otra manera más amplia. Si los propósitos del derecho son de hecho parte del derecho mismo, en lugar de estar separados de él como afirman los positivistas, ¿no deberíamos enseñar estos propósitos en las facultades de derecho, no sólo como referencias ocasionales en los cursos, sino de manera sistemática? ¿No deberían incluirse en el currículo la economía, la teoría política, la ética kantiana y otras teorías normativas? Después de todo, todos son parte de "la ley".

La Facultad de Derecho ofrece desde hace mucho tiempo cursos en disciplinas relacionadas. La historia del derecho es de interés para los profesionales del derecho. Los cursos de psicología forense o psicología general también pueden ayudar a los abogados a la hora de seleccionar jurados o interrogar a testigos. Sin embargo, una novedad en la segunda mitad del siglo XX es que las materias afines ya no se enseñan para ayudar en la práctica jurídica, sino sólo para proporcionar materias auxiliares para comprender el significado de la ley misma. Fuller introdujo estos debates normativos en las facultades de derecho de una manera sutil, haciéndolos parte de la ley . Esto es exactamente lo que Austin estaba tratando de evitar.

Fuller hace una última afirmación contra la distinción de Hart entre ley y moralidad. Ésta es, de hecho, la afirmación que acabamos de discutir, sólo que se aplica no a leyes individuales, sino a la regla de reconocimiento misma. Nota 140

La regla de reconocimiento de Hart debe convertirse en un "hecho" para que pueda identificar instituciones jurídicas sin referencia a principios morales. Hemos dicho que la regla estadounidense de reconocimiento es en gran medida similar al cumplimiento de nuestra Constitución. ¿Pero qué significa exactamente? Necesitamos más detalles para poder incluir algunos mecanismos y excluir otros. Diferentes personas pueden tener opiniones diferentes sobre tales detalles y, por lo tanto, argumentar que diferentes reglas de reconocimiento son más adecuadas para nuestra situación práctica. ¿Cuál afirmación es correcta? Fuller dice que podemos resolver esta ambigüedad preguntándonos por qué tenemos instituciones jurídicas (y reglas de reconocimiento). Esta es simplemente

una forma más abstracta de abordar lo que cuenta como un "vehículo". Así, para concretar la regla de reconocimiento (y esto es importante para el intento de Hart de definir el derecho sin referencia a la moral), debemos referirnos a los objetivos y propósitos normativos del sistema jurídico. Pero eso vincula la ley y la moral de una manera que Hart quiere evitar.

Fuller demuestra con éxito que no podemos separar completamente la ley de la moralidad. Pero su posición no es la de un firme teórico del derecho natural. Él no defiende, como Blakestone o el Dr. King, que las malas leyes sean ilegales. Hoy en día casi no encontramos un estudiante de derecho que sea incapaz de distinguir entre la legalidad y la moralidad del derecho positivo . En este sentido, todos nosotros hoy somos positivistas.

Por el contrario, Fuller nos dice que no podemos distinguir entre ley y moralidad tan claramente como a Hart (u otros) les gustaría. Como mucho, Fuller adoptó una postura antipositivista, o lo que podríamos llamar una postura neo-leynatural. Diversos fines, incluidos los morales, son parte del derecho y debemos examinarlos para resolver la falta de claridad en el texto legal. Pero no pueden negar la validez de cualquier ley que sea inmoral.

Las cuestiones relativas a la relación entre el positivismo, el derecho y la moral siempre han sido importantes para los estudiosos del derecho. Estas cuestiones son dominio exclusivo de los abogados, pero no han sido objeto de un debate vigoroso en los círculos políticos generales. Pero las cuestiones secundarias de estas preguntas —el argumento de Fuller de que el derecho y la moral están relacionados porque necesitamos considerar propósitos para determinar el significado— nos llevan de nuevo al centro del debate político: ¿cómo deberían (o podrían) los jueces "aplicar" fielmente la ley en lugar de "crearla"? Después de todo, estas preguntas afectan al núcleo mismo del “estado de derecho”. El debate jurídico sobre el positivismo tiene una influencia significativa en esto.

Nota 72 : El discurso positivista contemporáneo propugna la distinción entre los conceptos fuertes y débiles del derecho y la moral. En un nivel más débil, las normas morales pueden incorporarse al derecho a través de la práctica de los jueces y otros profesionales del derecho. Por ejemplo, la Corte Suprema utiliza un "estándar evolucionado de civilización" para determinar si un castigo es tan cruel e inusual que viola la Octava Enmienda. Cuando los jueces aplican este

estándar, los estándares morales pasan a formar parte de la ley. Véase *Trop v. Dulles* (1958). En este caso, la diferencia es que la norma tiene fuerza jurídica en virtud de la práctica judicial, no porque sea una norma moral verdadera o válida. En un sentido más fuerte, cuando los tribunales aplican normas morales para interpretar disposiciones estatutarias o constitucionales, no hacen por ello que dichas normas sean parte de la ley, así como un precepto moral que prohíbe una acción particular (como el vandalismo) no se convierte en parte de la ley simplemente porque una ley prohíbe la misma acción particular. Independientemente del concepto que se adopte, todavía existen diferencias entre las leyes y las normas morales incluso si tienen el mismo contenido. (Nota del editor)

Libro 73 : BF SKINNER, SOBRE EL CONDUCTISMO 9–20 (Knopf 1974).

Capítulo 74 : Oliver Wendell Holmes Jr., *El camino de la ley* , 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

註 75 : JOHN FINNIS, LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES 23–25 (Oxford Univ. Press 1980).

Libro 76 : MATTHEW LEVERING, LA LEY NATURAL BÍBLICA: UN ENFOQUE TEOCÉNTRICO Y TELEOLÓGICO (Oxford Univ. Press 2008).

Véase 77 : Jacobbellis contra Ohio 378 US 184 (1964), 197.

Volumen 78 : HLA Hart, *Positivismo y la separación de la ley y la moral* , 71 HARV. L. REV. 593 (1958).

註79 : FINNIS, LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES, 59–99.

Capítulo 80 : *Id.*

Libro 81 : RONALD DWORKIN, JUSTICIA PARA LOS ERIZOS 405–15 (Harvard Univ. Press 2011).

Libro 82 : CICERÓN, SOBRE LA COMUNIDAD Y SOBRE LAS LEYES (JEG Zetzel ed., Cambridge Univ. Press ed. 1999).

Capítulo 83 : EPICTETO, MANUAL (trad. de Nicholas White, Hackett 1983).

Capítulo 84 : RICHARD HOOKER, DE LAS LEYES DE LA POLÍTICA ECLESIÁSTICA (AS Mc-Grade ed., Cambridge Univ. Press ed. 1989).

Capítulo 85 : HUGO GROCIO, SOBRE EL DERECHO DE LA GUERRA Y LA PAZ (trad. de F. W. Kelsey, Oxford Univ. Press ed. 1925).

Capítulo 86 : Samuel Pufendorf, Sobre el deber del hombre y del ciudadano según la ley de la naturaleza (James Tully ed., Cambridge Univ. Press ed. 1991).

Capítulo 87 : JOHN LOCKE, SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO (CB Macpherson ed., Hackett ed. 1980 [1690]).

Libro 88 : TOMÁS DE AQUINO, TRATADO SOBRE EL DERECHO (trad. de Richard J. Regan, ed. Hackett 2000).

Capítulo 89 : WILLIAM BLACKSTONE, COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES DE INGLATERRA 1, 38–63 (edición facsímil de Univ. of Chicago Press 1979 [1765]).

Artículo 90 : DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA PÁRRAFO 2 (EE.UU. 1776).

Capítulo 91 : Martin Luther King Jr., “Carta desde la cárcel de Birmingham”, en POR QUÉ NO PODEMOS ESPERAR 77 (Harper & Row 1963).

Libro 92 : BLACKSTONE, COMENTARIOS, 42–43.

註93 : PLATÓN, REPÚBLICA 338c.
Capítulo 94 : JEREMY BENTHAM, UN FRAGMENTO SOBRE EL GOBIERNO (JH Burns y HLA Hart eds., Cambridge Univ. Press 1988 [1776]).
Libro 95 : BLACKSTONE, COMENTARIOS, 120–21.
Artículo 96 : DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA PÁRRAFO 2.
Libro 97 : THOMAS HOBBES, LEVIATHAN 86–121 (Richard Tuck ed., Cambridge Univ. Press 1996 [1651]).
註98 : BENTHAM, DE LAS LEYES EN GENERAL 1 (HLA Hart ed., Althone Press 1970).
Capítulo 99 : *Id.* en la pág. 18.
Libro 100 : JOHN AUSTIN, LA PROVINCIA DE LA JURISPRUDENCIA DETERMINADA (Wilfrid E. Rumble ed., Cambridge Univ. Press 1995 [1832]).
Figura 101 : *Id.* en la pág. 19.
Libro 102 : *Id.* en 25.
Id . en 166.
Libro 104 : Holmes, *El camino de la ley* , 73.
Capítulo 105 : HANS KELSEN, TEORÍA PURA DEL DERECHO (trad. de M. Knight, Univ. of California Press, 1967). La obra se publicó originalmente en alemán con el título REINE RECHTSLEHRE, y en 1960 se publicó una segunda edición ampliada.
Libro 106 : *Id.* en 7-8.
Libro 107 : *Id.* en 8.
Libro 108 : *Id.* en 211-12.
註109 : BENTHAM, DE LAS LEYES EN GENERAL, 18.
Capítulo 110 : AUSTIN, LA PROVINCIA DE LA JURISPRUDENCIA DETERMINADA, 166.
Libro 111 : HART, EL CONCEPTO DE LEY (Oxford Univ. Press 1961).
Libro 112 : HLA Hart, *El positivismo y la separación de la ley y la moral* .
Libro 113 : Lon Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho: una respuesta al profesor Hart* , 71 HARV. L. REV. 630 (1957).
Libro 114 : HLA HART, EL CONCEPTO DE LEY, 27-28.
Libro 115 : *Id.* en 49-76.
Artículo 116 : *Id.* en 105-07.
Libro 117 : *Id.* en 89-96.
Nota 118 : *Id.* en 92-93 y 102-04.
Nota 119 : *Id.* a las 105-06.
Nota 120 : Hart, *Positivismo y la separación de la ley y la moral* , 619-20. El oponente del positivismo al que Hart respondió fue Gustav. Gustav Radbruch, que hasta entonces había sido un firme partidario del positivismo, se volvió contra él después de experimentar personalmente su abuso por parte de los nazis durante el Tercer Reich. (Nota del editor)
Nota 121 : *Id.*
Nota 122 : Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho* , 652-54.

Nota 123 : LON FULLER, LA MORALIDAD DE LA LEY.
Nota 124 : Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho* .
Nota 125 : *Id.* 645–46 y FULLER, LA MORALIDAD DE LA LEY, 41–44.
Nota 126 : FULLER, LA MORALIDAD DE LA LEY, 41-42.
Nota 127 : *Id.* a los 42 años.
Nota 128 : HART, EL CONCEPTO DE DERECHO, 199.
Nota 129 : FULLER, LA MORALIDAD DEL DERECHO, 42-43.
Nota 130 : Nota del traductor: Las leyes de transparencia en los Estados Unidos se refieren a requisitos de que las reuniones de las agencias y departamentos gubernamentales se celebren en público y que la información gubernamental esté disponible al público.
Nota 131 : *Id.* a las 133-45.
Libro 132 : LUDWIG WITTGENSTEIN, INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS (trad. GEM Anscombe, Macmillan 1953).
Libro 133 : Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho* , 662-63.
Libro 134 : LUDWIG WITTGENSTEIN, TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS (trad. de DF Pears y BF McGuinness, Routledge y Kegan Paul 1961 [1921]).
Libro 135 : WITTGENSTEIN, INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS.
Artículo 136 : *Véase* Robert Cooter y Melvin Aron Eisenberg, *Daños por incumplimiento de contrato* , 73 CAL. L. REV. 1438-44 (1985).
Libro 137 : LON L. FULLER, BASIC CONTRACT LAW (West Publishing, 1947). La segunda edición se publicó en 1964, con Robert Braucher como coeditor.
Nota 138 : Comenzó el desacuerdo entre Arthur Corbin y Fuller sobre dónde iniciar un estudio de caso sobre derecho contractual, lo que impidió que ambos compilaran conjuntamente un estudio de caso. Scott D. Gerber, *Casos de Corbin y Fuller sobre contratos (1942): el libro de casos que nunca existió* , 72 Fordham L. Rev. 595 (2003).
Nota 139 : *Véase* William N. Eskridge Jr. y Philip P. Frickey, *The Making of the Legal Process* , 107 HARV. L. REV. 2031, 2038-49 (1993).
Nota 140 : FULLER, LA MORALIDAD DE LA LEY, 137-45.

Capítulo 5
: Escuelas de pensamiento: de la Revolución estadounidense a la Segunda Guerra Mundial

Hemos examinado algunos de los elementos básicos que estructuran el pensamiento jurídico. El grado de formalización legal puede ser mayor o menor, la obediencia a la autoridad central puede ser mayor o menor, y la coerción puede ser mayor o menor. Los tribunales también tienen un estatus diferente en relación con otras ramas del gobierno y las instituciones sociales, como las legislaturas y los mercados. La ley y la moral pueden estar separadas o superponerse. Hemos visto que hay diferentes maneras de extraer significado de un texto. Cada problema tiene muchos detalles y combinaciones específicas de ellos constituyen lo que llamamos una "escuela". De hecho, vemos tres combinaciones representadas por Justice King, Foster y Handy en "El caso del cirujano espeleólogo".

Cada uno de los jueces mencionados representa aproximadamente una escuela de pensamiento en los Estados Unidos: formalismo jurídico (King), instrumentalismo o realismo jurídico (Handy) y procesalismo jurídico (Foster). Esto es sólo un esbozo. De hecho, los jueces o académicos muestran varias diferencias sutiles. La mayoría de los jueces pueden utilizar una combinación de métodos o pueden no hablar explícitamente sobre el método que utilizan. Pero cuando se habla de escuelas de pensamiento, estas tres pasan a primer plano.

La visión tradicional es que diferentes metodologías y escuelas de pensamiento prevalecieron en distintos momentos de la historia de la jurisprudencia estadounidense. La historia es parte de la cultura jurídica, por lo que los profesionales del derecho deben estar familiarizados con el desarrollo histórico porque es nuestro patrimonio cultural. También podemos obtener una comprensión práctica de cómo funciona nuestro sistema legal al observar cómo cambia el razonamiento jurídico en diferentes contextos, incluso en diferentes situaciones históricas.

Debemos tener cuidado de distinguir entre diferentes períodos históricos, especialmente en términos de "sabiduría convencional". Estas opiniones tradicionales provienen en parte de Carl. Karl Llewellyn El libro de Llewellyn de 1960 La tradición *del derecho consuetudinario : Decidiendo apelaciones* Nota 141 , y concesión. Grant Gilmore *Las edades* del *derecho americano* de Gilmore , escrito en 1977 . Nota 142 Ambas obras utilizan evidencia histórica selectiva y su metodología es cuestionable. En 1975, una estudiante informó que su tesis de posgrado había realizado una investigación empírica sobre este tema. Dividió los casos en períodos de diez años y revisó una muestra de opiniones judiciales. ¿Pertenecen a la escuela de King, Foster o Handy? No encontró diferencias importantes en la distribución a lo largo de períodos históricos. Tal vez no estemos examinando cómo ha cambiado realmente el pensamiento de los jueces, sino más bien cómo los juristas o la élite judicial han cambiado sus puntos de vista sobre estas cuestiones. O bien, sus conclusiones de investigación son erróneas. Pero el hecho es que estas élites creen que diferentes métodos de razonamiento jurídico prevalecen en diferentes épocas históricas.

Historiadores jurídicos rigurosos, incluido Morton. Morton Horwitz Horwitz Nota 143 , Robert. Robert Gordon W. Gordon Nota 144 , Robert. Carver (Robert Cubrir Nota 145 , David. David Raben Rabban Nota 146 y otros académicos han presentado análisis más ricos y completos del pensamiento jurídico estadounidense en muchas áreas importantes. Pero la sabiduría convencional no está del todo equivocada y, en cualquier caso, siempre ha sido nuestro activo legal. Ésos eran nuestros antecedentes, aun cuando algunas de las ideas jurídicas que dieron forma al derecho y a la educación jurídica eran erróneas.

Una de estas escuelas de pensamiento, la escuela procedimental asociada con Fuller y Hart Jr., quienes enseñaron en Harvard a mediados del siglo XX, ha sido y sigue siendo influyente. Tiene implicaciones importantes para la educación jurídica. Ya hemos hablado de Fuller y volveremos a sus argumentos a su debido tiempo. Sin embargo, es difícil entender el pensamiento de Fuller sin comprender antes el objeto de su crítica, es decir, el realismo jurídico de principios del siglo XX. Sin embargo, es imposible entender el realismo jurídico sin comprender a

sus oponentes, a saber, el formalismo jurídico de finales del siglo XIX y el instrumentalismo que surgió a principios del siglo XIX. Aunque estos movimientos fueron originalmente respuestas a épocas anteriores moldeadas por la sabiduría tradicional.

El movimiento de teoría jurídica no estuvo solo en este sentido. Es imposible comprender cualquier filosofía o movimiento intelectual de generaciones posteriores sin comprender las preguntas planteadas por los filósofos de las generaciones anteriores. Tomemos a Platón como ejemplo. ¿Por qué desarrolló una teoría abstracta y metafísicamente problemática de las formas? Eso parece mucho más razonable cuando pensamos en los problemas intelectuales que heredó Platón. Heráclito y Platón creían que el mundo está cambiando constantemente. Nota 147 Su lema es que nunca puedes pisar el mismo arroyo dos veces; El agua debe ser diferente. Parménides , por el contrario, creía que el cambio era una ilusión. Nota 148 Su posición conduce a la paradoja de Zenón. Nota 149 , donde se afirma que la flecha de Aquiles nunca llega a su objetivo, siempre llega sólo a la mitad, luego a la mitad, y así sucesivamente. Frente a estas afirmaciones contrarias, Platón adopta un enfoque notablemente de sentido común. Menciona que tanto el cambio como la continuidad parecen ser verdaderos, entonces ¿cómo explicamos esto? Los objetos en el mundo físico cambian, pero algunas de sus formas permanecen constantes. Nota 150 La cuestión no es que tenga razón. Pero si podemos entender los problemas que heredó, podremos entenderlo mejor. Lo mismo ocurre con el pensamiento jurídico que vamos a examinar. La escuela de procedimiento jurídico se estableció para responder al realismo jurídico, mientras que el realismo jurídico se estableció para responder al formalismo jurídico, y el formalismo jurídico se estableció para responder al instrumentalismo. Derecho y Economía y La economía) fue una respuesta a la escuela procesal del derecho, mientras que los estudios jurídicos críticos criticaron ambas escuelas.

Hay muchas maneras de abordar la historia. Carlos. Carlos Marx Marx argumentó en *La ideología alemana* que la estructura intelectual de una época se deriva de la estructura material de la producción, es decir, de la economía. Nota 151: Ha habido muchos trabajos sobre la teoría de la historia de Marx. Nota 152 Aquí podemos decir que las

condiciones materiales y la ideología son interdependientes. Las ideologías predominantes están influenciadas por las estructuras económicas predominantes, y también influyen y modifican esas estructuras. De todos modos, no necesitamos resolver ese problema. Baste decir que existen algunas conexiones interesantes entre las escuelas de pensamiento jurídico y las condiciones materiales y económicas de su época. Con este entendimiento en mente, retrocedamos ahora y exploremos brevemente estas escuelas históricas de pensamiento.

Tendencias cambiantes en la metodología judicial

En la época de la Revolución estadounidense, los tribunales estadounidenses aplicaban una combinación del derecho inglés y el derecho consuetudinario de las colonias. Los Comentarios de Blackstone sobre las leyes de Inglaterra se publicaron en 1765. Nota 153 Era principalmente un teórico del derecho natural, por lo que creía que el papel de los tribunales era utilizar la razón para confirmar los requisitos del derecho natural. En las colonias, la obra de Bu no fue tan popular como el Tratado general sobre el derecho de Coke, publicado un siglo antes. Nota 154 , pero ambas obras reflejan una perspectiva de derecho natural.

Incluso las explicaciones del derecho inglés reflejaban algunas influencias positivistas, como vimos en el capítulo 4. El derecho natural puede no abordar ciertos detalles, y deja que los humanos llenen los vacíos con leyes positivas. Estados Unidos necesita constituciones federales y estatales escritas (positivas). Nota 155 Sin embargo, el enfoque básico sigue siendo la ley natural y los derechos naturales. La Declaración de Independencia establece que ciertos derechos naturales son "inalienables" y esos derechos permanecen incluso si se establece un contrato social en beneficio de la sociedad civil.

Debido a que la ley se basa en un conjunto de principios naturales inmutables, es relativamente inmutable y formal. Respecto de las instituciones sociales, Braxton sostiene que los tribunales (y, de hecho, todos) deberían dejar constancia del Congreso. Nota 156 Esta se ha convertido en la opinión predominante en Gran Bretaña desde la Revolución Gloriosa de finales del siglo XVII, cuando el Parlamento depuso a Jacobo II. Al mismo tiempo, los tribunales también adoptan

un enfoque activo en las transacciones contractuales privadas. El caso de Slade , 1602 La Nota 157 reconoce que el contrato fue incumplido completamente por ambas partes. Antes de la decisión de este caso, sólo podían hacerse cumplir los contratos en los cuales aún no se habían cumplido algunas obligaciones. Nota 158 Si el vendedor entrega el producto pero no recibe el pago, puede recuperar el producto o exigir el dinero. Sin embargo, un contrato en el que no se cumplen todas las obligaciones, es decir, en el que ninguna de las partes cumple sus obligaciones, no puede ser ejecutado. Al otorgar pleno efecto de cumplimiento a los contratos incumplidos, el caso respaldó el concepto de una economía de mercado. Pero cuando se trata de daños, los tribunales adoptan un enfoque más centralizado y menos laissez-faire. En lugar de imponer una obligación de pago total, el tribunal sólo impondrá un precio "justo" . Nota 159

En materia de responsabilidad y derechos de propiedad, los tribunales tienden a proteger la riqueza pasiva (la tierra). La parte activa que infringe a la otra parte generalmente será considerada estrictamente responsable ante la parte pasiva sin tener que probar la culpa. Nota 160 Los derechos de agua de los propietarios de tierras ribereñas se rigen por las leyes del flujo natural . fluir doc trine) especificación. Nota 161 La parte pasiva puede reclamar una compensación a la parte activa (como el molinero) que desvía el agua para fines de producción. Por supuesto, esta es sólo una descripción aproximada.

A partir de principios del siglo XIX, la situación comenzó a cambiar. Mertón. Morton Horwitz Horwitz tiene un excelente análisis de este tema en The *Transformation of American Law : 1780-1860.* Nota 162 Hacia 1825 empezamos a ver más defensores del instrumentalismo, o Karl. Lo que Llewellyn llamó el " gran estilo " de la jurisprudencia Estilo). Nota 163 Observamos una creciente voluntad de aplicar el razonamiento instrumental para cambiar viejas reglas con el fin de alcanzar objetivos de políticas que ayuden a la naciente economía industrial y comercial. Estas economías requieren nuevas organizaciones y herramientas empresariales. En ese momento, para generar capital, era necesario invertir activos en el negocio. La economía comercial requiere el endoso y transferencia de letras. Todo

esto requiere que la gente esté dispuesta a transformar las viejas formas y reglas, lo que también requiere razonamiento instrumental. En pocas palabras, hubo muchos errores conservadores en esa época.

Por supuesto, la discusión sobre el formalismo y la previsibilidad no ha desaparecido. No todas las opiniones jurídicas son instrumentales. Los tribunales siguen teniendo cuidado de prestar atención a las palabras del derecho positivo y a la importancia de los precedentes. codificación El movimiento "refleja la idea de que los jueces no deben hacer leyes". Nota 164 El caso *del puente del río Carlos* La Nota 165 cuestionó la autoridad de Massachusetts para emitir una carta para un nuevo puente sobre el río Charles porque violaba los derechos adquiridos de los propietarios del antiguo puente. Pero cada vez hay más personas dispuestas a utilizar el razonamiento instrumental para cambiar las reglas con el fin de satisfacer nuevas necesidades sociales y económicas y corregir viejos errores.

Swift *contra* Tyson La nota 166 es un caso interesante. La pregunta es si un banco puede emitir letras transferibles endosadas. Si el acreedor endosa y transfiere la letra a un tercero de buena fe, el deudor de la letra no puede utilizar las defensas contra el acreedor original para oponerse al tercero. A los estados rurales, como Kentucky, no les gusta el respaldo a los instrumentos negociables. Los deudores a menudo eran agricultores locales y los acreedores a menudo eran bancos de otros estados. No es sorprendente que los bancos de Boston y Nueva York favorecieran el endoso y la transferencia de letras. El caso fue llevado a un tribunal federal porque el demandante y el demandado eran ciudadanos de diferentes estados. La cuestión en disputa es si los tribunales federales deben seguir las reglas de transferencia de respaldo de Kentucky o pueden crear sus propias reglas comerciales federales. La Corte Suprema ha dictaminado que los tribunales federales pueden establecer sus propias reglas. Los vientos del cambio ya están soplando.

El derecho de responsabilidad civil evolucionó desde algo cercano a la responsabilidad estricta a la responsabilidad por negligencia. Imaginemos que un operador ferroviario provoca un incendio en una zona vecina debido a las chispas generadas por la fricción de sus vehículos. Bajo la estricta responsabilidad, los ferrocarriles deben ser considerados

responsables pase lo que pase. Sin embargo, bajo la nueva ley de negligencia, el ferrocarril podría ser considerado responsable sólo si no tomó medidas razonables para evitar que una chispa iniciara un incendio. Ésta es una de las razones por las que el capital fluye hacia la producción industrial en grandes cantidades. Nota 167

el caveat emptor emptor Nota 168 , y comenzó a aplicar únicamente el "precio del contrato" en lugar del "precio justo". Nota 169 Todo esto contribuyó a crear un mercado cada vez más laissez-faire.

mecánica del derecho". jurisprudencia) . Nota 170 Esta situación tampoco es sorprendente. Muchos de los errores conservadores de principios del siglo XIX se han resuelto. En la segunda mitad del siglo se establecieron muchos conceptos económicos que fueron beneficiosos para la industria y el comercio. Contamos con una factura de transferencia endosada Nota 171 y nuevas formas de gobierno corporativo. Nota 172 Los casos de lesiones personales se rigen por el principio de negligencia en lugar de la responsabilidad estricta. Nota 173 La propia negligencia del demandante dará lugar a que no haya indemnización disponible. Nota 174 En efecto, según el compañero servidor regla), incluso la negligencia de un colega puede dar lugar a que el empleado no pueda reclamar reparación. Nota 175 A lo largo del derecho, el contenido sustantivo de la mayoría de las normas jurídicas se ha vuelto más coherente con el auge de la economía industrial y comercial. Debemos tener cuidado de no simplificar demasiado el modelo, pero la dirección de estos cambios es bastante clara. Uno de los grandes defectos de la teoría de las formas es su error conservador, que se había reducido mucho en la segunda mitad del siglo XIX.

Roberto. Roberto Carver Cover dijo que la teoría instrumental se utilizó en el caso de Fugitivo Esclavo Casos) y se hizo infame después de la Guerra Civil. Nota 176 Como vimos en el Capítulo 2, el suegro de Melville también fue uno de los principales jueces instrumentistas de principios y mediados del siglo XIX, pero estaba preocupado por el caso de los esclavos fugitivos. Hubo incluso una época en que el gobierno federal encadenó el tribunal estatal de Boston, y él tuvo que arrastrarse bajo las cadenas para entrar al juzgado y devolver los esclavos a sus dueños. Por supuesto, los

abolicionistas no podían aceptar esta práctica. Podemos considerar esta acción como basada en el formalismo. El juez King probablemente habría dicho simplemente que la letra de la ley exigía que los esclavos fugitivos fueran devueltos, independientemente de lo que dictara la conciencia moral. Pero la Ley de Esclavos Fugitivos en sí misma fue un compromiso pragmático destinado a preservar la unidad de los Estados Unidos. Nota 177 Por lo tanto, la aplicación de las leyes sobre esclavos fugitivos también se basó en el pragmatismo y el consecuencialismo. Si queremos oponernos a esto, debemos adherirnos estrictamente al principio moral del no consecuencialismo.

su mancomunidad , lo que significa que todas gobernaban juntas. Con esta mentalidad, es más fácil confiar en que quienes toman las decisiones harán lo correcto. Esto hace que sea fácil para los jueces adoptar una metodología informal. Y no hay nada más susceptible de poner en peligro el bien común que una guerra civil. La Guerra de la Independencia se convirtió así en otro factor que impulsó a Estados Unidos a volver al formalismo.

A finales del siglo XIX, los negocios se desarrollaban bien con la ayuda del gobierno. Si las empresas tienen alguna exigencia, es que quieren que el gobierno proteja lo que consideran intereses "creados". Creen que el gobierno en general, y los jueces en particular, deberían mantenerse al margen de los juegos del mercado. Los jueces deben obedecer la legislación y también obedecer la autonomía del derecho privado del libre mercado. A principios del siglo XIX, los defensores del cambio económico y jurídico tuvieron que seguir la estrella judicial. En aquella época, aquellas estrellas judiciales apoyaban el desarrollo económico. Pero surgieron nuevas estrellas, que continuaron brillando intensamente hasta finales del siglo XIX. Carlos. Charles Dickens Dickens estaba escribiendo críticamente sobre la decadencia moral en Londres. Nota 178 Mientras Marx escribía La *guerra* civil en *Francia* Nota 179 , describiendo la Comuna de París. Los jueces ya no necesitan ser ambiciosos.

De hecho, existe el riesgo de que el legislador siga ciegamente la situación. Más adelante en el siglo vemos mucha actividad sindical y legislaturas aprobando leyes que protegen el trabajo. Nota 180 Un tribunal completamente pasivo tal vez no pueda frenar esta tendencia. Así, los tribunales

comenzaron a basarse en disposiciones constitucionales, principalmente la Cláusula Contractual (una disposición que los estados no pueden promulgar para perjudicar las obligaciones contractuales) y el debido proceso sustantivo, para obligar a las legislaturas a proteger los derechos adquiridos. Nota 181 Pero esto se hace en un estilo formal. El juez simplemente "interpretó" la Constitución para determinar que requería tal resultado.

Lo anterior proporciona un modelo muy aproximado para comprender las tendencias cambiantes en la metodología judicial. Las ventajas y desventajas de la formalización varían en distintos campos y en distintos momentos. En una época determinada, la sustancia del derecho capta las necesidades económicas y sociales, y lo mismo hace la filosofía jurídica. Cuando las condiciones sociales y económicas cambian rápidamente, las consecuencias de los errores conservadores y de desajuste se vuelven más graves. El instrumentalismo facilita que los jueces mitiguen el impacto de esos errores. Si el cambio ya no es necesario, la formalidad y la previsibilidad pueden volver a cobrar protagonismo.

La evolución de la jurisprudencia

A finales del siglo XIX, había una creciente creencia de que el derecho debía inspirarse en la ciencia. Nota 182 Darwin publicó *El origen de* las especies , ampliando el alcance de la ciencia. Si los principios científicos pueden aplicarse a la sociedad humana, ¿por qué no las leyes? Si la ley pudiera usar la ciencia como modelo, sería posible evitar que los jueces hicieran leyes indebidas. Los principios científicos deben permanecer neutrales en cuanto a valores en su aplicación. La cientificización del derecho podría restaurar el prestigio del poder judicial.

La cientificización del derecho también está en línea con la tendencia de las universidades de investigación de estilo alemán que son populares en los Estados Unidos. A partir de la Universidad de Harvard y durante todo el siglo XVII, las universidades estadounidenses fueron a menudo escuelas de teología para los hijos de familias distinguidas. Las universidades luego ampliaron sus campos académicos y se convirtieron en escuelas de artes liberales y de perfeccionamiento. Pero no son centros de investigación rigurosamente organizados, y menos aún dedicados a la investigación científica. En las universidades alemanas

ocurre lo contrario. Poco a poco, las principales universidades estadounidenses comenzaron a adoptar el modelo alemán; Nota 183 La dicotomía entre universidades de investigación y universidades de artes liberales todavía se adopta hoy en día.

Además, las universidades también comenzaron a ofrecer educación jurídica. Nota 184 En el pasado, los profesionales del derecho aprendían sus habilidades “estudiando derecho” en firmas de abogados con experiencia. La Facultad de Derecho de Harvard es la primera facultad de derecho de los Estados Unidos, fundada por el presidente del Tribunal Supremo Joseph. José Storey Historia) liderazgo. Más tarde, en el mismo siglo, Randall ejerció como decano e introdujo en la enseñanza jurídica el famoso método de casos, combinado con el método socrático de enseñanza. Nota 185 Este fue un avance innovador en la historia de la educación jurídica. El propósito de combinar estos dos enfoques es enseñar a los estudiantes a pensar como profesionales del derecho y al mismo tiempo impartirles un conjunto de reglas legales. Randall cree que el método de casos hace que el estudio del derecho sea más parecido a una ciencia. Al igual que los datos obtenidos de experimentos en un laboratorio organizados según principios científicos, los estudios de casos pueden servir de base para que los abogados desarrollen principios jurídicos generales. Si el derecho fuera más parecido a la investigación científica en apariencia, se convertiría en una empresa académica más respetada en la nueva universidad de investigación estadounidense. El derecho ya no es sólo una conclusión normativa; Es un análisis "científico" de "datos". Aunque ya no consideramos que dicho proceso sea científico, la metodología de Randall para la educación jurídica todavía nos resulta bastante familiar.

El vocabulario de la ley también adquirió un sabor científico. Piense en la causa próxima en el derecho de responsabilidad civil . causa). Un conductor que golpea negligentemente a un peatón debe ser considerado responsable por las lesiones sufridas por éste. Pero supongamos que el transeúnte está descansando en casa debido a una lesión y renuncia a viajar fuera de la ciudad. En un baile, el transeúnte conoció a otra persona, se enamoró y luego se casó. Dos años después, la transeúnte fue asesinada mientras visitaba a sus suegros en otra

ciudad. ¿Debería el conductor original ser considerado también responsable del asesinato posterior del transeúnte? Si no fuera por su culpa, el transeúnte no habría asistido al baile ese día y no habría ido después a casa de sus suegros. Así que el acto negligente inicial del conductor fue en realidad la causa por la cual el transeúnte murió posteriormente. Sin embargo, el conductor negligente no debería ser considerado responsable ante la familia del transeúnte porque no fue la causa próxima de la muerte. Nota 186 El asesinato estaba demasiado alejado de la conducta negligente al volante original. El vínculo causal entre ambos acontecimientos es demasiado débil.

En los casos descritos anteriormente, existen buenas razones políticas a favor o en contra de una constatación de responsabilidad. Nota 187 Estos argumentos son bastante complejos. Históricamente, diferentes jurisdicciones han adoptado enfoques diferentes. Pero muchos tribunales no analizan la política, sino que condicionan su análisis a la "conexión" de una "cadena causal". Nota 188 ¿Hay una "ruptura" en la cadena causal? Esta afirmación es más científica que normativa. Éste es el método retórico científico del derecho.

A principios del siglo XX, el péndulo volvió a oscilar en la dirección opuesta. El movimiento político progresista comenzó a producir legislación social, especialmente legislación relacionada con el lugar de trabajo. Nota 189 La Corte Suprema rutinariamente invalida dichos estatutos, argumentando que violan la Cláusula Contractual de la Constitución o el concepto de "debido proceso sustantivo". Nota 190 La Constitución no prohíbe explícitamente las leyes que regulan las condiciones de trabajo, pero la Corte Suprema ha sostenido que dichas leyes interfieren indebidamente con los derechos individuales de los trabajadores y empleadores. Los progresistas objetan que los jueces están imponiendo sus propios valores políticos en casos individuales, pero afirman que simplemente están "implementando" la Constitución. Nota 191 De este modo, la metodología del formalismo jurídico y la retórica de la cientificización del derecho empezaron a ser atacadas.

la opinión disidente del juez Holmes en el *caso Lochner v . Nueva York* en 1905 . Nota 192 La Legislatura del Estado de Nueva York aprobó una ley que limita el número de horas

que los panaderos pueden trabajar en un día. El empleador afirmó que esto constituía una violación del debido proceso sustantivo. El Tribunal Supremo Federal coincidió con este argumento y dictaminó que la ley era inválida. El juez Holmes disintió. Parte de su opinión apelaba al positivismo, argumentando que debía hacerse una distinción estricta entre derecho y moralidad. Dijo que la opinión mayoritaria simplemente forzó su creencia en la economía de libre mercado en conceptos vagos e inciertos tales como el debido proceso sustancial. Nota 193 Holmes también apoyó el positivismo en otros casos y propuso la teoría del "malo" en el derecho contractual. Nota 194 No pregunte si un contrato impone a las partes una obligación de cumplirlo, porque eso introduciría consideraciones morales en la discusión. En lugar de eso, simplemente pregunte qué sucede si una de las partes no quiere cumplir; y deberán pagar daños y perjuicios como consecuencia de ello. Así que su obligación legal es elegir esto o aquello.

Para nuestros propósitos actuales, la segunda parte de la opinión de Holmes es más importante. La opinión mayoritaria sostiene que el formalismo es sólo una pretensión. Nota 195 , y es realmente dañino. La ley es incierta porque utiliza un lenguaje vago. ¿Qué significa “debido proceso”? Puede significar derechos específicos otorgados por ley, o puede incluir derechos de fondo que están implícitos en nuestra cultura. No existe una forma neutral de elegir. "Las proposiciones generales no pueden juzgar casos específicos". Nota 196: Holmes pensaba que el concepto de mayoría era demasiado individualista. En términos más generales, las afirmaciones del formalismo de que podemos saber lo que significa la ley independientemente de los juicios normativos y de que la ley es como la ciencia son sólo afirmaciones superficiales.

Hay otros ejemplos indicativos. ¿Qué sucede si un estatuto requiere que el albacea distribuya la propiedad del testador a los beneficiarios nombrados en el testamento, pero el beneficiario principal nombrado en el testamento, el nieto del testador, mata a su abuelo para poder recibir la herencia inmediatamente? Nota 197 El argumento formal dice que el nieto puede reclamar la herencia, pero ese parece un resultado absurdo. ¿O imaginamos que hay una ley que prohíbe la entrada de “vehículos” al parque? ¿Un cochecito

se considera un vehículo? ¿Qué pasa con las bicicletas? En todas partes hay incertidumbre jurídica sobre cualquier reivindicación formalista.

En el ámbito del derecho consuetudinario a menudo hay precedentes contradictorios. ¿Debemos limitar nuestros juicios a un rango estrecho de hechos? ¿O deberíamos hacer una lectura más amplia para construir principios universales? No hay una respuesta neutral a esta pregunta. No podemos decir simplemente que los precedentes deben limitarse a los hechos más específicos de un caso. Los precedentes son necesariamente más amplios que una sentencia única adaptada al demandante en un caso individual, y no se aplicarán sólo a accidentes que ocurran a las 10:30 de la mañana. Para Holmes u otros realistas jurídicos, el poder judicial inevitablemente debe ejercer discreción al juzgar las disposiciones legales en estos casos individuales.

Además, el formalismo es perjudicial. Produce errores conservadores y nos confina al pasado. El movimiento político progresista refleja valores sociales cambiantes con respecto a las normas en el lugar de trabajo. En 1880, podría haber sido aceptable declarar inconstitucionales las regulaciones laborales bajo un sistema de laissez-faire. Pero en la época de Lochner, las normas sociales prohibitivas ya no estaban en sintonía con los valores y creencias de la élite intelectual.

El realismo jurídico pasó aproximadamente por dos etapas. La primera etapa se denomina a veces “ sociojurisprudencia ”. Jurisprudencia), fundada por Roscoe en la Universidad de Harvard. Ros coe Libra Nota 198 , pertenece al período del movimiento político progresista. No son cínicos sino que creen en la posibilidad del progreso humano. Las leyes son una herramienta para lograr el progreso. Por primera vez la jurisprudencia social se opuso de manera exhaustiva a la opinión mayoritaria en el caso Lochner. Se oponen al uso de cláusulas contractuales y del debido proceso sustantivo para derogar la legislación social. También expresaron sus puntos de vista sobre otros temas. Existen muchos principios en la legislación de responsabilidad civil que dificultan que los demandantes recuperen daños y perjuicios, como por ejemplo la negligencia contributiva . La negligencia) hace que el demandante sea completamente incapaz de reclamar una indemnización, Nota 199 y la regla de negligencia conjunta de

los empleados Nota 200 A estos principios se opone la jurisprudencia social, que atribuye también a la parte perjudicada las desventajas de la conducta negligente del colega. La jurisprudencia social también se opone a la ley de causa próxima que analizamos anteriormente. Nota 201 La doctrina de causa próxima se utiliza a menudo para excluir reclamaciones. Incluso si la negligencia del demandado causó los daños del demandante, la relación causal en el caso individual se consideró demasiado débil. Examinando la "correlación" de la cadena causal bajo la retórica de la ciencia jurídica Nota 202 , pero sin reconocer abiertamente que tal proceso implica opciones políticas. En el pasado, también existían algunas normas en el derecho contractual que impedían a los consumidores reclamar reparación. En estos y muchos otros ámbitos, el contenido de la ley no ha seguido el ritmo de los valores políticos progresistas y contiene muchos errores conservadores.

La posición del realismo jurídico

La segunda etapa de este movimiento fue el pleno desarrollo del realismo jurídico, que se produjo principalmente después de la Primera Guerra Mundial. A menudo pasamos por alto el impacto de la Primera Guerra Mundial en el desarrollo intelectual occidental. La guerra siempre es terrible, pero la Primera Guerra Mundial fue particularmente inútil. El estancamiento en la guerra de trincheras provocó torturas terribles, las ametralladoras hicieron que las viejas tácticas fueran completamente inútiles y el propósito general de la guerra no estaba del todo claro. Por lo tanto, después de la Primera Guerra Mundial, fue difícil para la gente creer firmemente en la racionalidad humana y en los valores progresistas.

Los discípulos de Pound eran más cínicos. Le dan menos importancia a la ley como herramienta para el progreso humano y creen más que la ley es sólo una tapadera para que los jueces impongan sus propios valores políticos al público en general. El formalismo es sólo una excusa. Los jueces usurpan el papel del legislador e imponen sus propios valores políticos bajo la apariencia de reglas jurídicas formalizadas. Eso es sencillamente antidemocrático. Nota 203

Los realistas jurídicos posteriores también se opusieron firmemente a la decisión Lochner. Mientras los jueces conservadores de la Corte Suprema continúan derribando

leyes sociales progresistas, estos realistas continúan señalando que los jueces simplemente están ejerciendo sus propios valores políticos. Nota 204 Estos jueces fueron llamados los "Nueve Ancianos " . viejo hombres) . Nota 205 Esta cuestión llegó a un punto crítico durante la administración de Roosevelt. Durante la década de 1930, el presidente Roosevelt y el Congreso aprobaron mucha legislación social. Los Nueve siguieron siendo un obstáculo y Roosevelt amenazó con ampliar la Corte Suprema para poder nombrar más jueces amigos de la mayoría. La mayoría de la gente creyó que los nueve ancianos entendieron el mensaje del presidente y comenzaron a cambiar su tono. Por eso, algunos dicen que "los nueve ancianos se dieron la vuelta en el momento crítico y salvaron su futuro". Nota 206 Sin embargo, algunos de los jueces del Nuevo El acuerdo) sugiere que el cambio ocurrió mucho antes de que Roosevelt propusiera ampliar la Corte Suprema. Nota 207 En cualquier caso, la opinión disidente de Holmes en el caso Lochner más tarde se convirtió en la corriente principal.

Llewellyn y Jerome. Frank (Jero me Frank) fue una figura destacada en el último período del realismo jurídico. Frank escribió *El derecho y la* mente *moderna* en 1930 . Nota 208 El realismo jurídico introduce la psicología en el derecho y en la enseñanza jurídica. Si las reglas jurídicas no son lo suficientemente ciertas como para ser juzgadas en casos individuales, entonces ¿qué son las reglas jurídicas? El proceso de pensamiento del juez es necesariamente importante. “Derecho y Pensamiento Moderno” es importante en sí mismo, pero otra importancia de esta obra es que promueve la comunicación interdisciplinaria en la educación jurídica. Tales influencias se pueden observar en las últimas etapas del siglo XX.

El libro de Llewellyn La tradición del derecho consuetudinario: juzgar casos de apelación Nota 209 y La *Zarza : Sobre Nuestra Ley y* Su Estudio La nota 210 es extremadamente importante. También fue influyente en el campo del derecho sustantivo. A finales del siglo XIX, recibió la influencia de Samuel. Samuel Weston Williston), el derecho contractual se volvió conceptual y formalizado. Nota 211 Llewellyn participó en la promoción del Código Comercial Uniforme por parte de los estados a través de la Comisión de Leyes Estatales Uniformes . Comercial Código) para reformar el derecho

contractual. Irónicamente, el Código Comercial Uniforme tomó prestada del formalismo la noción de la necesidad de coherencia en el derecho comercial y la previsibilidad que ésta engendra. Sin embargo, el contenido del Código Comercial Uniforme es más flexible y práctico y refleja prácticas comerciales reales en lugar de principios generales abstractos. Llewellyn fue el autor principal del Capítulo 2 del código, que trataba de la venta de bienes. Establece que los tribunales deberán tener en cuenta la práctica industrial al interpretar las obligaciones contractuales. Nota 212 , Normas de la industria Nota 213 : Transacciones pasadas entre las partes. Nota 214 Si bien el realismo jurídico suele caracterizarse como nihilista y cínico, sus participantes reales son generalmente profesionales del derecho. Para Llewellyn, al menos las leyes y el lenguaje legal marcan una diferencia.

Hay otros indicios de esta evolución. Los realistas legales apoyaron firmemente el New Deal del presidente Roosevelt. Muchos de ellos sirvieron en la administración creada por Roosevelt. Nota 215 No son socialistas. Su solución a los problemas laborales es utilizar las fuerzas del mercado a través de la negociación colectiva. Nota 216 Llewellyn se centra en los contratos en el mercado privado. Pero ninguno de ellos defendía una economía del laissez-faire. Entienden que las imperfecciones del mercado a menudo conducen a resultados injustos, por lo que necesitamos reglas. No harán cumplir los contratos que sean "contra la conciencia" ni los contratos celebrados bajo un poder de negociación desigual. Nota 217

Por lo tanto, es injusto retratar a los realistas jurídicos como nihilistas o como creyentes de que la ley es fundamentalmente carente de sentido. Pero sí enfatizan la ambigüedad de las normas jurídicas y reconocen que los jueces deben hacer juicios políticos al decidir casos individuales. Los realistas legales quieren que veamos a través de la cortina en El mago de Oz. Si hacemos eso, veremos que detrás del sistema legal sólo hay un hombre, no un mago. En otras palabras, los realistas jurídicos buscan desmitificar el análisis del derecho. Como resultado, han sido criticados como escépticos que creen que la ley y el lenguaje no tienen sentido. Aunque eso es una mentira, también muestra las opiniones de algunas personas de la comunidad Dharma sobre los realistas del Dharma.

Las opiniones en tres casos captaron la novedad del realismo jurídico y se convirtieron en indicadores de la educación jurídica en el siglo XX. El primer caso es McPherson v. Buick Nota 218 Resumimos este caso en el Capítulo 3 para explicar el error conservador. También mencionamos que se convirtió en un caso clave en el libro de texto introductorio de la Facultad de Derecho de Columbia. Entre ellos se incluyen varios casos relacionados con la responsabilidad de los fabricantes de productos defectuosos, que culminaron en el caso McPhee. Recordemos nuestra discusión anterior sobre que Buick fabricó un automóvil con una rueda defectuosa y vendió el automóvil a un mayorista, quien lo vendió a un minorista, quien finalmente se lo vendió al Sr. McPherson. La señora McPherson resultó herida cuando su neumático estalló mientras conducía. Ella demandó a Buick, alegando que la compañía fue negligente al no descubrir el defecto de la rueda.

En su defensa, Buick argumentó que no existía "relación contractual" entre la empresa y la Sra. McPherson. Aunque su reclamo no estaba basado en un contrato, las reglas del Estado de Nueva York requieren que cuando se busca a un vendedor de un producto por negligencia, el vendedor es responsable sólo ante aquellos con quienes tiene una relación contractual directa. Esta es una disposición sorprendente sobre la responsabilidad por negligencia. En términos generales, si un conductor atropella a un peatón, el conductor es responsable incluso si no existe una relación contractual entre el conductor y el peatón. Sin embargo, las reglas del estado de Nueva York sobre quién puede vender productos se establecieron hace mucho tiempo.

La regla se remonta a un caso antiguo, Winterbottom v. Wright. Nota 219 El demandado en este caso fue negligente al reparar una diligencia, lo que posteriormente causó lesiones a un pasajero, pero el pasajero no pudo reclamar compensación porque no tenía una relación contractual con el reparador. Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York hizo una excepción (en ese caso, un farmacéutico vendió venenos mal etiquetados como medicamentos) con el argumento de que tal comportamiento era inherentemente peligroso. 220 El veneno inyectable es muy peligroso, incluso si se manipula con cuidado. Más tarde, los tribunales ampliaron esta excepción a

productos aparentemente menos nocivos, primero a los andamios para obras de construcción. Nota 221 , y luego la cafetera. Nota 222Por último , en McPherson, el juez Cardozo sostuvo que la excepción del "producto inherentemente peligroso" se aplica siempre que un producto está fabricado defectuosamente de modo que lo vuelve peligroso. Por supuesto, un resultado de ese tipo sería contrario a la opinión de Winterbottom v. Wright. Una diligencia era, por supuesto, peligrosa si estaba defectuosamente fabricada; El juez Cardozo continuó enmarcando esta afirmación como una excepción a la regla de las relaciones contractuales, una nueva visión que de hecho eliminó por completo la antigua regla: siempre que el demandante fuera realmente dañado por un producto defectuoso, el producto era peligroso si estaba fabricado defectuosamente. Así, a lo largo de más de medio siglo, la acumulación de decisiones sobre casos individuales cambió las viejas reglas.

¿Por qué estos materiales son adecuados para orientar a los estudiantes de derecho para que comprendan el pensamiento jurídico? Son consistentes con las afirmaciones del realismo jurídico. Las leyes no son formales ni estáticas. Es flexible e instrumental. Los buenos jueces (y Cardozo era uno de ellos) pueden utilizar el material legal de forma creativa para lograr resultados justos. Por el contrario, se opone a un enfoque formalista para entender la ley. Revela que son personas, no magos, quienes están detrás de la cortina.

El caso McPherson también pone de relieve uno de los problemas más graves del formalismo: el error del conservadurismo. En el momento de la sentencia en el caso Winterbarton, gran parte de los negocios se hacían cara a cara. Sin embargo, para la industria automotriz en la década de 1920, el mercado había cambiado significativamente. Las transacciones cara a cara se han vuelto menos frecuentes. Cada vez son más los fabricantes que adoptan un sistema de distribución, designando mayoristas y minoristas. La familia también compra suministros para los demás. A nivel económico, efectivamente existe un contrato entre el fabricante y la Sra. McPherson. Los estudiantes de derecho que se enfrentan a estos casos ven el lado peor del formalismo, con errores conservadores muy retorcidos. Afortunadamente, el juez Cardozo rescató heroicamente la situación. El significado implícito de estos materiales del caso es que los

Nueve Grandes Viejos se equivocaron. Así como Randall reflejó la jurisprudencia del formalismo y la idea de que el derecho es ciencia cuando introdujo el método de casos en la Facultad de Derecho de Harvard en la década de 1880, el material introductorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia refleja exactamente el realismo jurídico.

Palsgraf v . *Compañía de ferrocarril de Long Island* La decisión de la Nota 223 marcó otro hito. Se ha convertido en el caso principal en casi todos los libros de casos de derecho de responsabilidad civil. Se aborda la cuestión del alcance de la responsabilidad por actos negligentes, pero su importancia no reside únicamente en sus precisiones jurídicas.

La Sra. Pasgrave era una mujer de mantenimiento que llevaba a sus hijos a la playa. Ella estaba esperando en el andén cuando otro pasajero logró abordar otro tren que estaba a punto de salir de la estación. El conductor intentó ayudar al pasajero, pero éste se cayó del tren, provocando que una caja de petardos que llevaba cayera y explotara. La fuerza de la explosión hizo volar las escamas cerca de Pasgraf, afectándola. El jurado concluyó que el ferrocarril fue negligente con los pasajeros que estaban a punto de abordar el tren. La cuestión era si la responsabilidad del ferrocarril se extendía a Pasgrave. Cardozo determinó que el reclamo no se extendía a la mujer porque era imprevisible que la conducta negligente del ferrocarril hacia el primer pasajero lesionara a otra persona en el otro extremo de la plataforma.

Esta es una pregunta interesante. Supongamos que un padre coloca un arma cargada sobre la mesa en la fiesta de cumpleaños de un niño. Eso es negligencia porque un niño podría haber recibido un disparo. ¿Pero qué pasa si un niño deja caer accidentalmente el arma a sus pies? Ese padre sigue teniendo culpa porque "si no hubiera sido por esa culpa", la lesión no habría ocurrido. Pero los acontecimientos específicos que le sucedieron al niño después no son motivo para pensar que el padre tuvo la culpa desde el principio. Entre los importantes estudiosos del derecho de responsabilidad civil de la época se encontraba Lyon. León Green Verde) , Leand. Aprendido Mano), Francisco. Francia es Bohlen) y Cardozo discutieron este caso hipotético. Nota 224 Ambas líneas de argumentación son plausibles.

Los primeros casos en el Reino Unido sostuvieron que si la negligencia del acusado causaba un daño directo, incluso si ese daño no era previsible, el acusado seguiría siendo responsable. Nota 225 Posteriormente, los tribunales ingleses revirtieron su posición anterior y sostuvieron que la responsabilidad sólo era por el daño previsible. Nota 226 En la época de Pasgrave, el Estado de Nueva York parecía estar siguiendo el dominio inglés anterior. Nota 227 ¿Cómo debería entonces el juez Cardozo justificar su decisión?

Cardozo utilizó una estrategia admirable para argumentar que la cuestión de qué le sucedió realmente al demandante era en realidad una cuestión de "causa próxima". En este caso, el demandado también era responsable de los daños imprevisibles, siempre que el daño producido fuera una consecuencia "directa". “Por lo tanto, juzgar la relación causal entre causa remota y causa próxima es un asunto diferente del caso que nos ocupa”. Nota 228. Quién resulta perjudicado es otra cuestión. Se trata de una cuestión de "deber", y sólo el previsible demandante puede obtener reparación.

lo que sucede y a quién le sucede debería estar sujeto a estándares diferentes? Cardozo no lo explicó. León. León Lipson comentó una vez que leer las opiniones de Cardozo es un poco como jugar con tarjetas de retención visual. Nota 229 El juego de persistencia de la visión tiene una carta que puede voltearse rápidamente. En un lado hay una imagen de un caballo y en el otro lado una imagen de un caballero. O hay un pájaro en un lado y una jaula en el otro. Si giras la carta rápidamente, tendrás una visión de un caballero a caballo o de un pájaro en una jaula. Para Leeson, Cardozo reunió todos los hechos y leyes y luego rápidamente dio vuelta las cartas del juego. Luego vimos un pájaro en el lomo del caballo. Nota 230

¿Por qué fue tan famoso este caso cuando se decidió en 1927? Los académicos progresistas querían ampliar la responsabilidad civil; El juez Cardozo quería limitar su alcance. A los realistas jurídicos les gustaría ver un debate sobre las consecuencias políticas de una norma sobre otra; Pero la opinión del juez Cardozo fue conceptual. El juicio debe basarse en la etiqueta de "obligación" y no en la de "causa próxima". Pero la "causa próxima" y su conexión en la cadena causal huele a formalismo jurídico y a

cientificización jurídica. Cardozo rechazó esa retórica. La obligación suena más como una cuestión normativa. Cuando los jueces utilizan la palabra obligación, no se puede decir que estén evitando cualquier juicio político, aunque el propio Cardozo rara vez habla de política. En efecto, William. William Andrews Andrews basó su disenso en la "causa próxima" y discutió francamente las políticas conflictivas. Nota 231 Pero “causa próxima” es un término impopular. Al evitar esta palabra, Cardozo abofeteó la cientificización jurídica y el formalismo jurídico. También abofeteó a los nueve ancianos en la cara. Es la retórica, no el veredicto, lo que ayuda a explicar el carácter histórico del caso Pasgrave en el ámbito académico.

¿No creemos todavía en el estado de derecho?

El presidente del Tribunal Supremo Louis Brandeis (Lou es Brandeis en 1938, *Erie Railroad Co. contra Tompkins* . La opinión de la nota 232 es el tercer caso indicador. El caso aborda una cuestión sencilla de teoría jurídica. Los tribunales federales tienen jurisdicción sobre casos que involucran leyes federales, pero también tienen jurisdicción sobre casos entre ciudadanos de diferentes estados, lo que se conoce como jurisdicción de “ diversidad” . dictado judicial). Nota 233 Si un caso se ha presentado ante un tribunal estatal, se rige por la ley estatal. ¿Pero qué pasa si el caso se litiga en un tribunal federal? Se podría asumir intuitivamente que la ley estatal todavía se aplica. Pero esto ya lo discutimos anteriormente en Swift v. Tyson. Como puede verse en la Nota 234 , la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que debía aplicarse la ley federal. Recordemos que Swift abordaba la cuestión de si un instrumento endosado era ejecutable y que los intereses comerciales emergentes favorecían el endoso y las normas federales consistentes. El caso Swift satisface ambas necesidades. El caso Erie revocó la opinión de Swift y sostuvo que en casos de nacionalidad extranjera, los tribunales federales deben aplicar las reglas estatales.

La cuestión de fondo en Erie se refería a la responsabilidad extracontractual de un propietario de tierras frente a un intruso. Los propietarios de tierras generalmente tienen pocas obligaciones hacia los intrusos, pero una excepción es alguien que ingresa frecuentemente en un área restringida. Nota 235 Es común que las comunidades

utilicen caminos establecidos desde hace mucho tiempo para cruzar las vías del tren. La cuestión en Erie era si la excepción se aplicaba no sólo a los caminos que cruzaban las vías transversalmente sino también a los caminos que corrían paralelos a las vías. Las reclamaciones bajo la ley de Pensilvania no se aplican. Pero las reglas federales aplicadas por el tribunal de distrito federal dijeron que sí y, por lo tanto, fallaron a favor del demandante. La Corte Suprema revocó la decisión Swift y sostuvo que en casos de nacionalidad extranjera, los tribunales locales deben aplicar la ley estatal.

No es éste un juicio insignificante. Esto supone una enorme diferencia en los litigios reales, en los que los demandantes normalmente tienen que elegir en qué tribunal presentar su caso. La antigua regla significaba que los demandantes a veces podían optar por demandar en un tribunal federal y así elegir el derecho sustantivo que querían aplicar. Se trata de una cuestión importante y muy práctica.

Brandeis podría abordar este problema de manera pragmática. La antigua regla en Swift permitía la selección de un foro de su elección. Podría haber dicho que la Ley Judicial, que estableció los tribunales federales , Actuar Nota 236 , o una ley que habilita reglas que permite a los tribunales federales establecer reglas procesales pero no reglas sustantivas . Habilitación Actuar La nota 237 no coincide. Pero Brandeis fue más allá. Argumentó que la regla del caso Swift era inconstitucional. Luego argumentó que las opiniones del caso no eran sostenibles en términos de jurisprudencia. El problema es que en ese caso el tribunal no estuvo de acuerdo en que todas las leyes fueran producto de la soberanía política, sino que creía que "hay un sistema jurídico superior fuera de cualquier estado que tiene efecto normativo dentro de cada estado". Nota 238 , que podrá ser descubierta por un juez. El caso de Swift tiene un matiz de derecho natural, que es diferente del positivismo del realismo jurídico.

Pero ¿por qué Brandeis se tomó tantas molestias? ¿Qué le preocupaba? ¿Por qué Erie se convirtió en un caso central en el procedimiento civil, al igual que Pasgrave se convirtió en un caso central en el derecho de responsabilidad civil? Brandeis sigue a Holmes en que el “sistema legal superior” que quiere criticar es en realidad una bofetada a la

metodología utilizada por los Nueve y su capacidad para “encontrar” un debido proceso sustancial para revocar la legislación social progresista. El resultado específico del caso Erie hizo que fuera más difícil para los demandantes lesionados solicitar una compensación a los ferrocarriles. No permitir que los demandantes elijan el foro de su elección también obstaculiza la recuperación. Las ramificaciones de sus decisiones no parecen ser las que los progresistas quieren. Pero en manos de Brandeis, esta cuestión relativamente práctica se convirtió en el golpe final para los Nueve, quienes supuestamente iban a "encontrar" principios legales o un debido proceso sustantivo en el "sistema legal superior".

Por lo tanto, el realismo jurídico afecta la forma en que los tribunales y los académicos analizan las cuestiones legales. Estos casos indicativos también señalan que el realismo jurídico ha influido en la jurisprudencia en la educación jurídica. McPherson, Parsgrave y Erie son un trío de casos emblemáticos que se enseñan en los cursos de primer año de derecho, en parte porque atacan la retórica jurisprudencial del formalismo legal y el movimiento para cientificar el derecho. Ambos apoyan el realismo jurídico y el positivismo jurídico.

¿Qué novedades trajo el realismo jurídico a mediados del siglo XX y al final de la Segunda Guerra Mundial? Su principio fundamental es que el formalismo es malo porque se aferra al pasado y que es sólo un pretexto porque las normas jurídicas son inherentemente ambiguas y el derecho es el producto empírico de la voluntad soberana. Es cierto que hay algunos casos sencillos. Hart dijo que estos casos son "fundamentales". Pero hay algunos casos "interesantes" que existen en la "penumbra", donde no hay respuestas claras o formales. En la penumbra, los jueces toman decisiones políticas. Si pretenden tomar decisiones de forma formalista, sólo se engañan a sí mismos. Por supuesto, todos los casos importantes ocurren en la penumbra. Sería un error, por tanto, suponer que en estos casos la decisión se basa en las normas jurídicas y no en los valores del juez.

Las autoridades judiciales e incluso la comunidad jurídica siempre han tenido opiniones diversas sobre este tema. Distintos jueces y juristas tienen diferentes puntos de vista. Pero podemos decir que después de mediados del siglo XX, el realismo jurídico se convirtió en la escuela de pensamiento dominante. Ha menospreciado ampliamente el formalismo jurídico, la jurisprudencia mecánica, la

cientificización jurídica y el debido proceso sustantivo. ¿Pero a qué precio? ¿No creemos todavía en el estado de derecho? ¿Las facultades de Derecho no enseñan también teoría jurídica? ¿Es todo esto sólo una fachada para encubrir el hecho de que los jueces ejercen poder político? Los jueces están en la cima de la profesión jurídica. ¿Se les está convirtiendo ahora en peones de lo que Hart llama el "núcleo", los responsables políticos incontrolados en la "penumbra"? ¿Es esto democracia? De hecho, todavía hoy escuchamos a estos jueces críticos. Éste fue el problema al que se enfrentó una nueva generación de teóricos del derecho después de que Estados Unidos volvió a la normalidad al final de la Segunda Guerra Mundial.

Nota 141 : KARL LLEWELLYN, LA TRADICIÓN DEL DERECHO COMÚN: DECIDIENDO APELACIONES (Quid Pro Books 2016 [1960]).

Libro 142 : GRANT GILMORE, LAS ERAS DEL DERECHO AMERICANO 108 (Yale Univ. Press ed. 2015 [1977]).

Capítulo 143 : *Véase, por ejemplo* , HORWITZ, TRANSFORMATION, 1780–1860; *véase también* MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870–1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY (Oxford Univ. Press 1992).

註144 : *Véase, por ejemplo* , Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories* , 36 STAN. L. REV. 57 (1984).

Ejemplo 145 : *Véase, por ejemplo* , Robert M. Cover, *The Supreme Court 1982 Term* , 97 HARV. L. REV. 4 (1983).

Capítulo 146 : *Véase, por ejemplo* , DAVID M. RABBAN, HISTORIA DEL DERECHO: PENSAMIENTO LEGAL AMERICANO Y EL GIRO TRANSATLÁNTICO HACIA LA HISTORIA (Cambridge Univ. Press 2012).

Libro 147 : PLATÓN, CRÁTILO 402a. Fragmento 91, Diels-Kranz (HERMANN ALEXANDER DIELS y WALTHER KRANZ, LOS FRAGMENTOS DE LOS PRESOCRÁTICOS, 5.ª ED.).

Libro 148 : WKC GUTHRIE, UNA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA GRIEGA, VOLUMEN II: LA TRADICIÓN PRESOCRÁTICA DESDE PARMÉNIDES HASTA DEMÓCRITO 4-5 (Cambridge Univ. Press 1979).

註149 : *Véase* ARISTÓTELES, FÍSICA 239b; *véase también* PLATÓN, PARMÉNIDES 127d–28e.

註150 : PLATÓN, CRATILO 439a–40d.

Libro 151 : KARL MARX y FREDERICK ENGELS, OBRAS COMPLETAS DE MARX Y ENGELS, VOLUMEN 5: MARX Y ENGELS, 1845–1847 en 409–14 (Lawrence y Wishart 1976).

Español: Capítulo 152 : *Véase, por ejemplo* , GA COHEN, LA TEORÍA DE LA HISTORIA DE KARL MARX: UNA DEFENSA (Princeton Univ. Press 1978); ERIK OLIN WRIGHT, ANDREW LEVINE Y ELLIOT SOBER, RECONSTRUYENDO EL

MARXISMO: ENSAYOS SOBRE EXPLICACIÓN Y TEORÍA DE LA HISTORIA (Verso 1992); NIKOLAUS LOBKOWICZ, TEORÍA Y PRÁCTICA: HISTORIA DE UN CONCEPTO DESDE ARISTÓTELES HASTA MARX (Univ. of Notre Dame Press 1967); y RICHARD W. MILLER, ANALIZANDO A MARX: MORALIDAD, PODER E HISTORIA (Princeton Univ. Press 1984).

Libro 153 : BLACKSTONE, COMENTARIOS, vols. 1–4.

Español: Libro 154 : Thomas G. Barnes, *Introducción al "Comentario sobre Littleton" de Coke* (1995), EN DERECHO, LIBERTAD Y PARLAMENTO: ENSAYOS SELECCIONADOS SOBRE LOS ESCRITOS DE SIR EDWARD COKE 1, 24 (Allen D. Boyer ed., Liberty Fund 2004) (discutiendo la fuerte influencia de Coke en el derecho colonial); Roscoe Pound, *El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad en la Inglaterra medieval* , 20 NOTRE DAME LAW. 183, 229 (1945) (discutiendo la influencia de la doctrina de Coke sobre la expuesta por Blackstone).

Capítulo 155 : *Véase* Henry Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication* , 88 COLUM. L. REV. 723 (1988) (donde se analiza la importancia de que Estados Unidos tenga una Constitución *escrita*).

Libro 156 : BLACKSTONE, COMENTARIOS, vol. 1, 327.

註157 : Slade contra Morley 76 ing. Rep. 1072 (KB 1602).

Capítulo 158 : *Véase* JAMES BARR AMES, LECTURES ON LEGAL HISTORY, LECTURE 13: EXPRESS ASSUMPSIT 128 (Cambridge 1913) (Se dice que "no se ha encontrado ningún caso que reconozca la validez de una promesa 'de pagar' una deuda precedente antes de 1542"). Pero *véase* Morton Horwitz, *The Historical Foundations of Modern Contract Law* , 87 HARV. L. REV. 917, 919–20, 929–31, 936 (1974) (sin afirmar categóricamente que los contratos ejecutorios nunca fueron reconocidos, analiza cómo rara vez se hicieron cumplir).

Libro 159 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1780–1860, pág. 99.

Libro 160 : *Id.* en 38–41.

Libro 161 : *Id.* en 39–42.

Id . *en* 93–99.

Capítulo 163 : *Véase* LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION, 5, 36–38 (donde se analiza el significado del término); *véase también* GILMORE, THE AGES OF AMERICAN LAW (donde se analiza y amplía el uso que Llewellyn hace de la frase).

Libro 164 : JAMES WILLARD HURST, EL CRECIMIENTO DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE: LOS CREADORES DE LA LEGISLACIÓN, 183–89 (The Lawbook Exchange ed. 2007 [1950]).

Capítulo 165 : Charles River Bridge v. Warren Bridge 36 US (11 Pet.) 420 (1837).

Nota 166 : Swift v. Tyson 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).

Nota 167 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1780–1860, págs. 88–98.

Nota 168 : Walton H. Hamilton, *La antigua máxima Caveat Emptor* , 40 YALE LJ 1133, 1156, 1164–66 (1931).

Nota 169 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1780–1860, págs. 178–82.

Nota 170 : Roscoe Pound, *Jurisprudencia mecánica* , 8 columnas. L. Rev. 605, 607, 620-21, 1908. Describe la jurisprudencia mecánica como un sistema en el que los jueces están limitados por la ley y no pueden ser influenciados por la filosofía jurídica, la ideología o la afiliación partidaria, lo que les deja poco margen de discreción para tomar sus decisiones. Horwitz, Transformación, 1870-1960, págs. 186-89.

Libro 171 : Grant Gilmore, *Formalismo* y la ley de los instrumentos negociables, 13 CREIGHTON L. REV. 441, 446–48 (1979).

Libro 172 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1870–1960, págs. 66–71.

Libro 173 : *Id.* en 72–75.

Libro 174 : *Id.* en 38–40.

Capítulo 175 : Roscoe Pound, *La interpretación económica y el derecho de agravios* , 53 HARV. L. REV. 365, 373–79 (1940). *Véase también* OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 16 (ed. Mark DeWolfe Howe, Little Brown and Co. 1963 [1881]).

Libro 176 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1780–1860, págs. 210–12.

177 Robert Cover, Justicia acusada: antiesclavitud y proceso judicial, 151–57 (Yale Univ. Press 1975).

Nota 178 : *Véase* CHARLES DICKENS, BLEAK HOUSE (Vintage Classics ed. 2012 [1853]).

Nota 179 : KARL MARX, LA GUERRA CIVIL EN FRANCIA (Int'l Library Pub. Co. 1900 [1871]).

Nota 180 : Véase en general William E. Forbath, Law and the Shaping of the American Labor Movement, 1991. Analice la relación entre el surgimiento de los sindicatos y los aumentos en la membresía sindical, la organización colaborativa y la aprobación de la legislación laboral.

Nota 181 : Morton Horwitz, *El auge del formalismo jurídico* , 19 AM. J. HIST. LEGAL. 251, 253 (1975).

Id. en 255–56 , 263–64; *véase también* Patterson, *The Case Method in American Legal Education* .

Capítulo 183 : *Véase* ROBERT BOCKING STEVENS, LAW SCHOOL: LEGAL EDUCATION IN AMERICA FROM THE 1850s TO THE 1980s, 35–72 (1983). (donde se analiza la “academización” de las facultades de derecho en los Estados Unidos).

Figura 184 : *Id.*

Libro 185 : *Id.* en 53–64.

Artículo 186 : *Véase* REFORMA (TERCERA) DE AGRAVIOS § 29.

Figura 187 : *Id.* Notas del reportero para comentar a.

Figura 188 : *Id.* en el comentario d.

Libro 189 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1870–1960, págs. 255–56.

Capítulo 190 : *Id.*

Capítulo 191 : *Véase, por ejemplo* , Pound, *The Economic Interpretation and the Law of Torts* , 615-17; MORRIS COHEN, THE PROCESS OF JUDICIAL LEGISLATION IN LAW AND THE SOCIAL ORDER (Harcourt, Brace & Co.

1933); T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing* , 96 YALE LJ 943 (1987).
Caso 192 : Holmes, J., *en* Lochner v. Nueva York, 198 US 45, 75 (1905).
Id . *en la pág* . 76.
Libro 194 : Holmes, *El camino de la ley* .
Caso 195 : Lochner v. Nueva York 198 US 45, 76 (1905).
Capítulo 196 : *Id.*
註 197 : Riggs contra Palmer 115 NY 506, 22 NE 188, 191 (1889).
Capítulo 198 : *Véase* Roscoe Pound, *The Need of a Sociological Jurisprudence* , 10 CRIME AND DELINQUENCY 398 (1964); publicado originalmente en *The Green Bag* , vol. 19, no. 4, 1907. *Véase también* Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* , 24 HARV. L. REV. 591 (1911); Edward White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America* , 58 VA. L. REV. 999 (1972).
Libro 199 : HORWITZ, TRANSFORMACIÓN, 1870–1960, pág. 60.
Libro 200 : Pound, *La interpretación económica y la ley de agravios* , 373–81.
Libro 201 : G. Edward White, *De la jurisprudencia sociológica al realismo* .
Figura 202 : *Id.*
Libro 203 : Mark V. Tushnet, *Antiformalismo en la teoría constitucional reciente* , 83 MICH. L. REV. 1502 (1985).
Id. en 1537–39 .
Capítulo 205 : DREW PEARSON y ROBERT S. ALLEN, LOS NUEVE VIEJOS (Doubleday, Doran & Co. 1936) (refiriéndose a los jueces como “nueve ancianos”).
Caso 206 : West Coast Hotel Co. contra Parrish 300 US 379, 400 (1937); NLRB contra Jones & Laughlin Steel Corp. 301 US 1, 43 (1937).
Libro 207 : Richard D. Friedman, *Switching Time y otros experimentos mentales: La Corte Hughes y la Transformación Constitucional* , 142 U. PA. L. REV. 1891, 1895–97 (1994).
Capítulo 208 : JEROME FRANK, EL DERECHO Y LA MENTE MODERNA (Brentano's 1930).
Capítulo 209 :LLEWELLYN, LA TRADICIÓN DEL DERECHO COMÚN.
Libro 210 : KARL LLEWELLYN, LA ZARZA: SOBRE NUESTRA LEY Y SU ESTUDIO (Quid Pro ed. 2016 [1930]).
Capítulo 211 : *Véase en general* SAMUEL WILLISTON, VIDA Y DERECHO (Little, Brown & Co. 1940)
註212 : UCC § 1–201(3); UCC § 1–303(c).
Artículo 213 : *Id.* § 1–303(c).
Artículo 214 : *Id.* § 1–303(b).
Libro 215 : LAURA KALMAN, REALISMO JURÍDICO EN YALE, 1927–1960, pág. 130 (1986); RONEN SHAMIR, GESTIÓN DE LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA: ABOGADOS DE ÉLITE EN EL NEW DEAL, pág. 131–57 (1995) (capítulo 6).
Libro 216 : *Daniel R. Ernst, Trabajadores comunes: pluralistas industriales, realistas legales y el derecho de los conflictos industriales* , 11 Law & Hist. Rev.

59, 66–68, 79–83 (1993).
註217 : UCC § 2–302, comentario 1.
218 : 111 NE 1050 (Nueva York 1916).
Libro 219 :10 M. & W. 109, 152 Eng. Representante 402 (1842).
Capítulo 220 : Thomas v. Winchester 6 NY 397 (1852).
Véase 221 : Devlin v. Smith 89 NY 470 (1882).
Véase 222 : Statler v. Ray Mfg. Co. 195 NY 478, 88 NE 1063 (1909).
Caso 223 : Palsgraf v. Long Island RR Co. 162 Y 99 (NY 1928).
Libro 224 : William Powers Jr., *Taumatrope* , 77 TEX. L. REV. 1319, 1329–30 (1999).
Libro 225 : In Re Polemis 3 KB 560, 577 [1921] (AC) (inglés).
Artículo 226 : Overseas Tankship (UK) Ltd. contra Morts Dock & Eng'g Co. (Wagon Mound I), [1961] AC 388 (JC).
Caso 227 : Ehrgott v Mayor 96 NY 264 (1884).
Libro 228 : 162 NE 99, 101 (NY 1928).
Capítulo 229 : Powers, *Taumatrope* , 1320 (discute *el caso de Leon S. Lipson, The Allegheny College* , 23 YALE L. REP. 8, 11 (1977)).
Capítulo 230 : Lipson, *El caso de Allegheny College* , 23 YALE L. REP. 8, 11 (1977).
Caso 231 : Palsgraf v. Long Island RR Co. 162 NE 99, 102 (NY 1928) (Andrews, J., residencia). 0
Caso 232 : Erie Railroad Co. contra Tompkins 304 US 64 (1938).
Nota 233 : *Id.* a los 102; *véase en general* , Henry Friendly, *La base histórica de la jurisdicción de diversidad* , 41 HARV. L. REV. 483 (1928). (Analiza la base histórica y el desarrollo de las reglas de jurisdicción federal seguidas por los tribunales federales).
Nota 234 : Swift v. Tyson, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842).
Nota 235 : Graham Hughes, *Deberes hacia los intrusos: un estudio comparativo y una revaluación* , 68 Yale LJ 633, 635 (1959).
236 : *Véase* la Ley Judicial de 1789, cap. 20, § 25, I Stat. 73, 85–86. *Véase también* Charles Warren, *Nueva luz sobre la historia de la Ley de la Judicatura Federal de 1789* , 37 HARV. L. REV. 49, 84–85 (1923).
Nota 237 : 28 U.S.C. § 2071–77.
Nota 238 : Erie Railroad Co. v. Tompkins 304 U.S. 64, 79 (1938) (Brandeis estaba citando a Holmes en Black & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co. 276 U.S. 518 (1928), disenso en la página 533).

Capítulo 6
: Escuelas de pensamiento: La escuela procesal jurídica a mediados del siglo XX

El realismo jurídico ha hecho críticas extremadamente poderosas al formalismo jurídico, a la cientificización jurídica, a la jurisprudencia mecánica y a los Nueve Ancianos. Pero también podría verse como un ataque al concepto mismo del Estado de derecho. Cuestiona el papel de los jueces. ¿Tienen una posición legítima en el sistema de gobierno estadounidense? En la Edad Media, los jueces comenzaron a hacer cosas buenas. En 1954 se presentó el caso *Brown v. Board of Education of Topeka* .Nota 239 que la segregación racial en las escuelas era ilegal, y también reformaron la ley de responsabilidad civil.Nota 240 y derecho contractual.Nota 241 Quizás deberíamos repensar el realismo jurídico. Eso fue lo que pensó Fuller cuando él y Hart estaban en la Facultad de Derecho de Harvard.

Al recordar el debate de Fuller con Hart, Fuller creía que la ley no podía separarse completamente de la moralidad. No era un naturalista de línea dura; Incluso si la ley era inmoral, seguía siendo la ley. Pero sí cree que existe una conexión fundamental entre el derecho y la moral que es inevitable. Ya hemos explorado estas conexiones en el Capítulo 4, una de las cuales es relevante para nuestro análisis aquí. Para interpretar la ley con el fin de explorar su significado hay que remitirse a su finalidad (moral). No sabemos si una norma que prohíbe la entrada de coches a un parque también prohíbe la entrada de cochecitos de bebé o bicicletas, a menos que primero preguntemos por qué se aprobó dicha norma. Esto también abre la puerta a una oportunidad para una metodología jurídica que pueda responder las preguntas de los realistas jurídicos. Vemos el esquema de esta metodología en la opinión del juez Foster en el "Caso Speluncean".

Para Hart, los jueces toman decisiones políticas en la penumbra. En este sentido, se parecen mucho a los legisladores. La pregunta es: si los jueces actúan como legisladores, ¿por qué necesitamos jueces? Tal vez la respuesta sea de conveniencia: necesitamos a alguien que

juzgue los hechos y tome decisiones en casos individuales. No podemos confiarle a la legislatura la tarea de tratar cada caso individual. Sí, los jueces a veces tienen que tomar decisiones, pero sólo pueden hacerlo cuando están juzgando disputas individuales.

Pero quizá los jueces ni siquiera tengan que tomar decisiones. Es cierto que las normas jurídicas son ambiguas. Los realistas del Dharma tienen razón. Pero los jueces tienen una metodología para resolver estas ambigüedades que es diferente de la que utilizan los legisladores para elaborar políticas. Los jueces pueden identificar el propósito de una legislación ambigua (o de un precedente de derecho consuetudinario) para resolver dicha ambigüedad. Los jueces que emplean este enfoque no son simplemente peones mecánicos ni tampoco se limitan a incorporar sus propios valores políticos a sus decisiones judiciales. Aplican los valores legislativos de una manera “reflexiva”, reforzando en lugar de interferir en el proceso legislativo.

Por tanto, los jueces tienen su propia metodología específica, y eso está en línea con la democracia. También tienen funciones específicas y juzgan determinados tipos de casos. Fuller distinguió entre disputas bipolares, en las que las partes individuales hacen valer sus propios derechos, y disputas policéntricas, en las que el resultado legal requiere un equilibrio de los intereses complejos de diferentes entidades sociales. Quién tiene la culpa en un accidente automovilístico es el primer tipo de disputa; Cómo fijar el tipo impositivo adecuado es el segundo. Los tribunales no tienen los recursos para reunir toda la información necesaria para resolver disputas policéntricas o para sopesar intereses sociales en pugna. Pero la Legislatura no tiene los recursos adecuados para determinar los hechos específicos necesarios para determinar la responsabilidad en un accidente automovilístico. Por lo tanto, necesitamos división del trabajo y metodologías diferentes. No es cierto que los realistas jurídicos afirmen que los tribunales simplemente usurpan el papel de crear leyes.

Si los tribunales deberían limitar su “jurisdicción” a ciertos tipos de casos y evitar abordar disputas policéntricas, ¿qué herramientas de principios tienen a su disposición? El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos establece que los tribunales conocerán de "casos (o) controversias". Nota 242 La disputa es sobre qué conductor tuvo la culpa del accidente. No está claro cómo establecer un tipo impositivo adecuado. Así que tenemos varios principios

judiciales, como por ejemplo si una persona tiene una "causa de acción" para presentar una demanda. Nota 243 : ¿El caso es "maduro"? Nota 244 : si una cuestión es “inmaterial” La nota 245 puede ser una "cuestión política". Nota 246 Estas cuestiones constituyeron una parte importante de los asuntos de los tribunales federales a mediados del siglo XX y tenían que ver con la filosofía del sistema judicial así como con las reglas de procedimiento reales. No es sorprendente que Hart Jr. impartiera cursos sobre los tribunales federales y escribiera un importante libro de texto sobre casos. Nota 247

El pequeño Hart y Albert. Albert Sachs Sacos en *el procedimiento judicial : Problemas básicos* en la *elaboración y aplicación del derecho* Nota 248 Estos conceptos se explican en este libro de texto. Era un libro de 1954, de más de 1.600 páginas, engorroso y mal editado, con muchas repeticiones. Muchos temas son demasiado largos para leerlos en su totalidad y, por lo tanto, no pueden discutirse en clase. No obstante, en conjunto presentan una visión profunda, rica y esclarecedora del sistema jurídico y del proceso legal estadounidenses. Muchos profesores utilizaron el libro en sus cursos de derecho a finales del siglo XX, lo que hizo que el material fuera influyente. La escuela de derecho procesal ayudó a incorporar otros campos a la comunidad jurídica, como el derecho y la economía. Con el tiempo, provocó una crítica por parte de un grupo de académicos jurídicos conocidos como “estudios jurídicos críticos ” . Legal Estudios), quien también cuestionó los fundamentos de la escuela procesal jurídica por considerarlos conservadores, reaccionarios e ingenuos. El impacto de estos materiales es enorme.

Una de las características del libro de texto "Procedimiento Legal" es que trata casi todos los casos cotidianos y poco destacables. Por ejemplo, la disputa comenzó con un retraso en el transporte de melones por tren, lo que provocó que se pudrieran. Nota 249 También discutieron una disputa de arrendamiento por participación en las ganancias en una tienda de descuento. Nota 250 : Disputas sobre conocimientos de embarque Nota 251 , y las controversias sobre pérdida de equipaje en el transporte aéreo. Nota 252 Algunos casos son de importancia histórica, como *el caso de la confiscación de acero* durante la Guerra de Corea . Nota 253 , pero estos casos son raros.

¿Cuál es el papel del tribunal?

Estos casos cotidianos son activos valiosos. Hoy en día, una exploración de los métodos jurídicos implica invariablemente casos de importancia histórica y política. Hablaremos del juez Scalia . Scalia utilizó el literalismo o el originalismo en casos constitucionales controvertidos . O podríamos explorar el razonamiento de la Corte Suprema en casos que involucran raza, género, orientación sexual o aborto. Éstas son cuestiones importantes. Como resultado, los matices de la metodología jurídica pierden protagonismo en el debate político más amplio. Intentar centrarse en los argumentos puramente jurisprudenciales en un caso controvertido es difícil, especialmente en una discusión en clase. Es como iluminar con un reflector a Monet y a Manet e intentar comparar sus técnicas de pintura. Si la controversia detrás del caso gira en torno al significado del conocimiento de embarque, es más fácil centrarse en cuestiones de jurisprudencia y metodología. Podemos aprender más sobre discusiones de metodología jurídica a partir de casos simples que de casos difíciles. Nota 254

Aunque Fuller no fue uno de los autores de Procedimiento Legal, su influencia es real. Sostiene firmemente que no podemos distinguir entre el ser y el deber ser del derecho, que es el objetivo de la metodología. Su argumento de que los tribunales tienen los recursos adecuados para lidiar con ciertos tipos de disputas pero no con otros es otro tema central. Podemos sentir sus discusiones con Little Hart en casi cada página.

El contenido de “Procedimiento Legal” comienza con el largo recorrido del “Caso del Melón Podrido”. Nota 255 El propietario de la carga demandó a la compañía ferroviaria por una indemnización, pero la compañía ferroviaria y el propietario de la carga no fueron los únicos implicados en este viaje. El envío en este caso se realizó de conformidad con un conocimiento de embarque, que es un contrato de envío aprobado por la Comisión Federal de Comercio. La Comisión Federal de Comercio está autorizada por el Congreso. Las relaciones entre estos personajes son dinámicas. El Congreso puede modificar los estatutos. La FTC puede cambiar las reglas. Las compañías ferroviarias pueden modificar los contratos de transporte marítimo. El propietario de la carga puede cambiar el contenido del conocimiento de embarque.

¿Qué quiere decir esto? No pudimos aprender más sobre las leyes que rigen el transporte del melón. Lo que presentan Hart y Sachs es un diagrama de la estructura de la ley. Recordemos a Bentham, Austin, Kelsen, Hart y sus respectivas definiciones de derecho. Para Hart y Sachs, el "derecho" es el resultado de interacciones complejas entre diversos participantes legales. La ley es el resultado de esta danza compleja. También tenemos que saber quiénes son los "participantes", por lo que Hart y Sachs no nos dan una definición rigurosa de qué es derecho y qué no es derecho. Pero sí sugieren una forma diferente de abordar el tema. La ley es el resultado de este complejo conjunto de interacciones. Es el producto de un "proceso" legal.

Este enfoque tiene muchas características notables. En primer lugar, se centra más en la forma en que resolvemos las disputas que en los resultados sustanciales. Cursos como tribunales federales, procedimiento civil, derecho administrativo y conflicto de leyes se han convertido en el núcleo de la educación jurídica. La cuestión de cómo funciona el sistema jurídico es de suma importancia. Incluso en cursos de derecho sustantivo, como el derecho laboral, el énfasis está en el proceso de negociación colectiva y el papel procesal de la Junta Nacional de Relaciones Laborales.

En segundo lugar, el sistema jurídico llega a soluciones mediante el diálogo y la interacción entre los actores clave. Demuestra una especie de humildad intelectual el que ninguna persona o institución tenga el monopolio de determinar la verdad. Se hace eco del federalismo y la estructura de separación de poderes del gobierno de Estados Unidos. A veces es frustrante, pero logramos obtener resultados razonablemente justos confiando en el sistema. Al negociar sus diferencias, los grupos pueden lograr mejores resultados que los individuos o las instituciones individuales. Apoya el compromiso. ¡Qué diferente desde la perspectiva actual!

Ambas características reflejan el pensamiento de Platón. En el Libro 1 de La República, Sócrates pregunta: "¿Qué es la justicia?" Nota 256 Varias personas se reunieron y propusieron la respuesta en forma de diálogo: La justicia es lo que beneficia a los amigos y perjudica a los enemigos; Nota 257 La justicia es el interés del más fuerte; Nota 258 y otras respuestas. Sócrates planteó entonces preguntas para ver si sus respuestas resistirían el escrutinio. Decidió que ninguna

respuesta era fiable. Al final del Volumen 1, nadie podía dar una respuesta satisfactoria a las preguntas de Sócrates. Sócrates tampoco nos dice qué es la justicia. ¿No estamos haciendo ningún progreso? Efectivamente, hay progreso. Al final del Libro Uno, todavía no sabemos exactamente qué es la justicia, pero estas conversaciones al menos nos acercan a la respuesta al eliminar algunas opciones posibles.

Y luego, en el Libro VII, Platón nos da la Alegoría de la Caverna.[Nota 259] Los residentes estaban encerrados y solo podían ver las paredes de las cuevas. Todo lo que ves en la pared es una sombra proyectada por la luz. La única "verdad" a la que se enfrentan es la sombra en la pared, y no pueden ver el objeto real que proyecta la sombra. Para Platón, el significado de esta alegoría es que nuestro mundo concreto está compuesto de “sombras” proyectadas por ideas que existen en otro mundo. Estas ideas son la verdadera realidad, y los objetos mundanos simplemente reflejan esta realidad.

¿Cómo podemos los residentes encarcelados (o nosotros) comprender mejor la verdad exacta? Platón no nos lo dice, pero nos lo muestra. Si participamos en el diálogo socrático (el discurso racional o *logos*), al menos podemos acercarnos a la verdad. Si utilizamos la lógica socrática, podemos progresar. Cada participante en esta conversación termina sintiéndose más inspirado.

Hart Jr. y Sachs parecen estar de acuerdo. Si permitimos que los participantes del sistema legal continúen "dialogando", podemos obtener mejores respuestas (aunque no perfectas) a los problemas legales. Ésta es la visión más humilde del progreso humano.

En otro sentido, tanto Hart como Sachs son platónicos. Para Platón, podemos diseñar una ciudad-estado justa para lograr la justicia social.[260] En lugar de intentar describir un estándar de justicia y luego juzgar si el resultado de una disputa es justo según ese estándar, Hart y Sachs se centran en la estructura del proceso legal. Si tenemos el proceso correcto , tendremos más posibilidades de obtener un resultado justo. De hecho, quizá ésta sea la definición de justicia. Esto es exactamente lo que ocurre en muchas otras áreas de la vida. Cuando juegas béisbol, no tienes que golpear todas las pelotas. Simplemente concéntrate en cómo jugar bien y naturalmente obtendrás buenos

resultados. Concéntrese en el proceso y los resultados llegarán.

los tribunales en este sistema ? ¿Se limitan, como afirma el realismo jurídico, a formular políticas, usurpando así el papel de la legislación? ¿O tienen roles específicos? Una de sus tareas es supervisar el sistema para garantizar que todos hagan su trabajo correctamente. Son como el base del baloncesto. Su primera tarea es determinar quién debe recibir el balón.

las tiendas 5-10-25¢ de *Jenkins v. Rose* . Nota 261 El propietario alquila el local comercial a una tienda de descuento y parte del alquiler se basa en los ingresos. La tienda barata tuvo tanto éxito que se mudó a una nueva ubicación antes de que expirara su contrato de arrendamiento. ¿El dueño de la tienda todavía tiene que darle una parte de las ganancias al propietario original? ¿Existe una cláusula implícita en el contrato de arrendamiento que establezca que el propietario está obligado a permanecer en la ubicación original? La primera tarea del tribunal debería ser determinar los actores apropiados en el sistema legal para responder a las preguntas mencionadas anteriormente. ¿Debería permitirse al legislador decidir qué es justo? ¿O dejar que el tribunal decida? No, para Hart y Sachs el foro adecuado para resolver esta cuestión es que las propias partes lo decidan en las transacciones de mercado.

Hart Jr. y Sachs se defendieron de las acusaciones de que los tribunales estaban interfiriendo en las transacciones del mercado. Al igual que los realistas jurídicos, son políticamente progresistas y no creen en un espacio de mercado completamente imperturbable o de laissez-faire. Creen en una regulación razonable. Pero no son socialistas. El primer lugar para resolver las disputas en materia de arrendamiento es la "autonomía del derecho privado" en las transacciones del libre mercado.

Sin embargo, aquí hay un giro. Hart y Sachs llaman a las transacciones del mercado privado "legislación privada", lo que revela una cierta actitud antimercado. Esa afirmación parece implicar que el Estado está "transfiriendo" el trabajo de la legislación a los individuos, en lugar de argumentar que los derechos ejercidos por los individuos en el mercado son innatos y no autorizados por el Estado. Algunos podrían decir que el mercado que ven Hart y Sachs es todavía un

campo de "comportamiento estatal". No son socialistas, pero tampoco parecen liberales.

En cualquier caso, la primera tarea en un caso contractual es examinar el contrato en sí. En el sistema jurídico multipartito de Hart y Sachs, la "autonomía del derecho privado" juega un papel importante. En otros casos, vemos que los tribunales apelan a otras entidades, como la legislatura o el ejecutivo, o a precedentes de derecho consuetudinario. Tomar esta decisión es más que una tarea trivial. Se trata de un “rol de supervisión” que exige un profundo conocimiento de nuestra cultura jurídica. Pero ese no es el papel de la formulación de políticas, que sustituye a la legislación.

Los tribunales tienen la obligación de resolver las controversias de conformidad con las normas

Ahora el tribunal tiene otra tarea. ¿Los actores en escena (en este caso la autonomía del derecho privado) están haciendo bien su trabajo? En el caso de Jenkins, la respuesta es no. Las partes ignoraron la posibilidad de que el dueño de la tienda pudiera mudarse. En este sentido, el tribunal debe llenar los vacíos y dar sentido al contrato. Pero esto es sólo porque los participantes en el mecanismo suelen delegar esta tarea en los tribunales y son las propias partes las que cometen el error. Los tribunales no interfieren en el papel de los particulares. Simplemente les ayuda. Esto también sucede con otras instituciones clave, incluidas aquellas involucradas en el sistema legal.

Tomando la legislatura como ejemplo, considérese el caso *Riggs v. Palmer* .[Nota 262] El estado de Nueva York tiene una ley de testamentos que requiere que el albacea distribuya la propiedad a los beneficiarios designados en el testamento de acuerdo con las instrucciones del fallecido. Además, no existen excepciones que aborden específicamente situaciones en las que las acciones del beneficiario estén relacionadas con la muerte del difunto. En este caso, el nieto del fallecido afirmó que tenía derecho a heredar la mayor parte de la herencia, pero mató al fallecido. La otra beneficiaria, la hija del fallecido, demandó excluir al nieto de los herederos testamentarios, y el tribunal falló a favor del demandante. El tribunal dictaminó que el "heredero culpable " El heredero no tiene derecho a solicitar, y ésta no es una función que sustituya a la

legislación. Al tomar tal decisión, el tribunal no se oponía a la sentencia legislativa, pensando que la legislación significaba que todos los beneficiarios nombrados en un testamento tenían derecho a la parte del patrimonio que les asignaba el testamento incluso si el testador moría. Más bien, el tribunal cree que es imposible que la legislación haya tomado en consideración esta situación, por lo que a veces hay lagunas en la legislación y el tribunal debe ayudar a llenarlas.

la metodología sobre cómo los tribunales deberían llenar los vacíos cuando los órganos primarios de toma de decisiones no cumplen con sus responsabilidades . La cuestión aquí es que el trabajo original de los tribunales (la base) es determinar qué mecanismo en nuestro sistema legal tiene la autoridad de proporcionar respuestas sustanciales sobre qué acción legal debe tomarse, y luego determinar si ese mecanismo está haciendo bien su trabajo.

Los tribunales a veces también desempeñan el papel de fuente primaria de toma de decisiones. A veces ningún otro mecanismo legal tiene la respuesta. En el caso de un accidente automovilístico, las partes no celebraron un contrato, no existen reglas de propiedad ni reglas sobre la titularidad de los derechos, y es posible que el poder legislativo o el ejecutivo no hayan previsto reglas para la adjudicación. Pero alguien tiene que resolver el problema, y si no hay otro mecanismo legal para resolver la disputa, los tribunales tienen la obligación de proporcionar normas de derecho consuetudinario para resolverlo.

Hart y Sachs aceptan múltiples aspectos del realismo jurídico. Están de acuerdo en que el formalismo puro es imposible porque las normas jurídicas están llenas de ambigüedades. Como hemos visto, a veces los tomadores de decisiones clave dejan lagunas. A veces el lenguaje de un estatuto o contrato es ambiguo, como por ejemplo la redacción de una "vehículo" en una norma que prohíbe el ingreso de vehículos a un parque. A veces hay decisiones contradictorias en el derecho consuetudinario. Hart y Sachs examinan casos que involucran todas estas situaciones ambiguas. El caso de Jenkins es uno de ellos. Intentan responder a los realistas jurídicos, pero también están de acuerdo con su afirmación de que la ley es ambigua. Hart y Sachs no eran formalistas.

Entonces, en Jenkins, el tribunal mencionó que el contrato de arrendamiento no era claro porque las partes no abordaron la cuestión de si el propietario podía mudarse sin

incurrir en ninguna desventaja. Entonces ¿qué puede hacer el tribunal? ¿Mandarlos lejos? ¿O reconocer lo que las partes quisieron decir, incluso si no formularon expresamente la pregunta? El tribunal debería adoptar este último enfoque porque es más acorde con los propósitos de las partes. El papel del tribunal es ayudar a las partes a lograr lo que quieren lograr. De manera similar, si la cuestión es el texto mismo de la disposición, como en Riggs, el tribunal será más fiel a la legislación al afirmar su propósito. Hart y Sacks llaman a este proceso " elaboración razonada ". elaboración) .

¿Cómo funcionó esto en el caso de Jenkins? Las partes están intentando efectuar algún tipo de transacción económica. El propietario de la tienda puede ser un negocio nuevo con recursos limitados y, por lo tanto, no puede afrontar el alquiler fijo más alto. Pero si su negocio tiene éxito, podrá pagar más alquiler. Los propietarios están dispuestos a asumir el riesgo de que el negocio fracase a cambio de obtener mayores ganancias cuando el negocio tenga éxito. El propietario está “comprando” ganancias futuras, lo que constituye efectivamente una empresa conjunta. Permitir que el propietario de la tienda salga si la tienda tiene éxito sería incompatible con la “naturaleza” o el “propósito” de la transacción.

La corte no es solo un peón. El trabajo de razonamiento de los tribunales es complejo y valioso. Pero el tribunal no intenta sustituir los valores de las partes por sus propios valores sino más bien promover los propósitos de las partes. Supongamos que le pido a mi ama de llaves que vaya al mercado a comprar un poco de caldo para el almuerzo. Si ella va a la tienda y compra un poco de caldo, pero también compra algunos otros artículos porque sabe que no tienen los demás ingredientes, ¿está violando mis instrucciones? Nota 263 ¿Y qué hubiera pasado si sólo me hubiera traído la carne y ninguna sopa?

Más adelante examinaremos algunos de los problemas que Hart y Sachs podrían enfrentar con este enfoque. Algunas de estas preguntas se convirtieron en la base para que la siguiente generación de influyentes académicos de derecho criticaran el enfoque procesal. El punto clave aquí es entender el marco teórico de Hart y Sachs.

Presentan diversos casos para demostrar cómo procede la exposición lógica. Uno de los casos se refería a la cuestión de cuándo terminaba el deber de un ferrocarril de

cuidar las mercancías en tránsito. Nota 264 La compañía ferroviaria descarga las mercancías en el andén de la estación y las guarda tras unas puertas a la espera de que el propietario las recoja por la mañana. Como resultado, el cargamento se quemó durante la noche. ¿La empresa ferroviaria ha "entregado los bienes" o debería seguir siendo responsable? Hay dos jurisprudencias distintas sobre este tema. El primero afirma que la entrega del vehículo no se completa hasta que el producto es entregado en el domicilio. Desde esta perspectiva, la empresa ferroviaria debería seguir siendo considerada responsable en este caso. Pero otro grupo sostiene que el buque oceánico ha cumplido con sus responsabilidades cuando descarga la carga en el muelle. Esta visión sería beneficiosa para los transportistas ferroviarios. ¿Qué tipo de precedente debería ser dominante? En muchos sentidos, el transporte ferroviario se parece más al transporte por carretera. Tiene ruedas y transporta mercancías por tierra. Pero si nos fijamos en su finalidad, ¿no se parece más un tren a un barco navegando en el mar? Después de todo, los camiones pueden circular libremente por las calles y tienen acceso a las casas de los propietarios de la carga. Lo mismo no puede decirse de los barcos que navegan en el mar o de los trenes que circulan sobre rieles.

Este tipo de razonamiento es como el juego de Barrio Sésamo: "¿Cuál de estas cosas no encaja con las demás?" Supongamos que tenemos un paraguas, un traje de baño, botas de lluvia y un esmoquin . Podemos eliminar el paraguas ya que todo lo demás es ropa. O podríamos eliminar el esmoquin, ya que no tiene nada que ver con el agua. ¡La primera vez que los estudiantes de derecho aprenden sobre el razonamiento lógico es en Barrio Sésamo!

Supongamos que existe una ley federal que exige que los ferrocarriles instalen acoplamientos automáticos entre los vagones de carga y los trenes. Nota 265 Un trabajador resultó herido mientras manipulaba el conector entre el vagón de carga y la locomotora. Ambos tienen acopladores instalados, pero uno está equipado con un acoplador de la marca Miller y el otro está equipado con un acoplador de la marca Jenny. Sólo pueden conectarse automáticamente a conectores de la misma marca, pero no entre sí. Los trabajadores afirmaron

que la compañía ferroviaria no cumplía con la normativa porque no podía pagarles los salarios.

Los ferrocarriles argumentaron que habían cumplido la normativa, pero que las locomotoras no eran vagones y, en todo caso, estaban equipadas con "enganches automáticos". El Tribunal de Apelación estuvo de acuerdo con esta defensa. Nota 266 Hart y Sachs refutan este enfoque literal. Las palabras "vagón" y "acoplador automático" son vagas, pero como el propósito del estatuto era mantener a los trabajadores seguros al no tener que moverse entre vagones de carga y trenes, pretendía incluir locomotoras y exigir acopladores que pudieran funcionar juntos. Finalmente, la Corte Suprema estuvo de acuerdo con este argumento. Nota 267

Un problema con la teoría del literalismo es que no se ajusta al modo en que funciona el lenguaje. Hart y Sachs siguen la visión del lenguaje de Wittgenstein: Nota 268 Las palabras no tienen significado en sí mismas; Tienen un contexto y están relacionados con el propósito para el cual se utilizan. Hart y Sacks lo ilustran con una serie de "chistes": "Un camarero recibe una langosta viva como regalo de un cliente borracho. Responde: 'Gracias, me la llevaré a casa para cenar'". El cliente responde: «No, ya cenó. Llévalo al cine». Nota 269 Del contexto se desprende muy claro el significado. Debido a que el significado ha sido distorsionado, la interpretación literal resulta ridícula. Esto sugiere que Hart y Sachs parecen pensar que la explicación lógica no es sólo un mejor método explicativo desde una perspectiva política. Creen que ese es el enfoque correcto desde la perspectiva de cómo funciona el lenguaje . Los formalistas jurídicos no sólo están equivocados desde una perspectiva política; También malinterpretan cómo funciona nuestro sistema legal. Su error también reside en su visión filosófica del papel del lenguaje.

Además de aplicar la hipótesis del base y adoptar un enfoque especial, los tribunales también son únicos en el sentido de que sólo manejan ciertos tipos de casos. Los tribunales no cuentan con recursos suficientes para manejar otros tipos de casos. Hart Jr. y Sachs estuvieron de acuerdo con la opinión de Fuller sobre este punto. Los tribunales son buenos para tratar disputas entre dos partes basadas en derechos legales; No son buenos en disputas multicéntricas, prospectivas y basadas en equilibrar intereses sociales y

políticas en conflicto. Por ejemplo, no deberían abordar cuestiones políticas. Un ejemplo en materia de procedimiento legal es el famoso caso de *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* .[Nota 270], ese fue un caso durante la Guerra de Corea. En respuesta a los conflictos laborales en la industria del acero, el presidente Truman cerró las fábricas de acero. La huelga afectaría el suministro de acero necesario para el esfuerzo bélico. Para Hart Jr. y Sachs, se trata de una cuestión política compleja que no debería ser juzgada por los tribunales.

Little Hart y Sachs también mencionaron un episodio interesante: "invitación a cenar".[Nota 271] Uno de los invitados sabía que el anfitrión estaba en particular problema, pero aún así aceptó la invitación y les dijo a los otros invitados que asistiría. Pero él no apareció ese día y su anfitrión se sintió avergonzado. Estaban presentes todos los elementos formales de un contrato, pero Hart y Sachs argumentaron que el tribunal no debería intervenir. Hay algunos tipos de disputas que los tribunales no deberían tratar.

¿Qué sucede si un tribunal intenta resolver una ambigüedad normativa mediante una exposición lógica, sólo para descubrir que el propósito normativo en sí no está claro? Nuevamente, imaginemos que una ciudad tiene una ordenanza que prohíbe la entrada de vehículos al parque. Si el objetivo del reglamento es reducir la contaminación en los parques, las bicicletas no son vehículos. Pero si el objetivo es garantizar que los parques sean lugares seguros donde los niños puedan jugar, las bicicletas también pueden ser vehículos. Hasta ahora, este enfoque ha funcionado bien. ¿Pero qué pasa si no está claro exactamente qué quiere hacer el Ayuntamiento? O porque el parlamento está formado por muchas personas, diferentes personas tienen diferentes propósitos. ¿Cómo debe el tribunal resolver esta situación? Quizás el propósito esté claro, pero quizás no lo sea.

La vida jurídica existe a la “sombra” de decisiones jurídicas de nivel superior. Gracias a la Corte Suprema, nuestra estructura jurídica tiene un vértice procesal. Hart y Sachs se refieren a la "Gran Pirámide del Orden Jurídico " Pirámide de Legal Orden),[Nota 272] Sólo una pequeña fracción de las disputas legales llegan a los tribunales, y aún menos llegan a los tribunales de apelación o a la Corte Suprema. Ése es principalmente el objetivo del programa. Pero

también podríamos tener un propósito para la Gran Pirámide. En teoría, los tribunales podrían seguir ascendiendo por la pirámide, buscando propósitos superiores para resolver la ambigüedad de los propósitos inferiores. Si la pirámide llega a la cima, la explicación lógica puede eventualmente conducir a la respuesta correcta.

Sin embargo, para que esto funcione, nuestra cultura jurídica debe tener algún acuerdo general sobre el objetivo final. Debemos tener una cultura totalmente cohesionada. Para Hart y Sachs, el objetivo final en la cima de la pirámide es en gran medida utilitario. El objetivo final del sistema legal es maximizar la satisfacción de las necesidades y deseos de los ciudadanos. Nota 273 Consideran que ésta es una afirmación relativamente no controvertida. Al menos no pasaron mucho tiempo discutiendo eso. La cuestión no es qué creen que es la cima de la pirámide, sino que parecen creer que sólo hay una cima, donde tenemos una sociedad relativamente cohesionada con objetivos comunes. Más adelante volveremos a considerar si esta visión de la sociedad tiene sentido, tanto en la década de 1950 como en la actualidad. Nota 274

Un enfoque estándar para la educación jurídica

Ronald. Ronald Dworkin Dworkin es posiblemente el filósofo jurídico más influyente de finales del siglo XX. Su primer artículo en la Harvard Law Review, "Casos difíciles " , Casos Nota 275 , y posteriormente en una serie de libros Nota 276 , que hace una afirmación similar a la de Hart y Sachs. Al profundizar en el propósito del sistema legal, incluidas sus convicciones morales subyacentes, podemos resolver problemas de ambigüedad normativa para identificar las respuestas “correctas”, incluso en casos difíciles. La filosofía jurídica de Dworkin es profunda y ha seguido evolucionando a lo largo de los años, por lo que es imposible describirla en detalle aquí. Pero es muy similar al concepto de exposición lógica, con la principal diferencia que la filosofía moral de Dworkin se basa en derechos morales y no en el utilitarismo. Dworkin utiliza las obras jurídicas de Hart y Sachs (así como de Fuller) y la filosofía moral kantiana de John Rawls como base de su teoría. Aunque quizá no haya mencionado lo suficiente a estos predecesores. Para

Dworkin, la teoría moral más profunda también es parte del derecho. Incluso cuando el material puramente legal es ambiguo, la moral y los casos que ayudan a juzgar aún ejercen una "atracción gravitacional". Nota 277 , que afecta la forma en que se resolverán los casos futuros.

El funcionamiento del enfoque de Dworkin depende de que la teoría moral subyacente pueda explicarse de forma fácil, razonable y clara. Veremos en el capítulo 7 que esto no es fácil. Pero por ahora, el punto es ver cómo Hart, Sachs y Dworkin utilizan las creencias morales de nuestra cultura para resolver la aparente ambigüedad de las normas jurídicas y así responder a la pregunta del realismo jurídico.

¿Cuál es entonces el problema con los argumentos de Hart y Sachs? Un problema es que ellos (y Dworkin) parecen pensar que cuanto más profundamente exploremos los valores morales, más capaces seremos de llegar a un acuerdo. Creían que la pirámide tenía una cima. Esto podría haber tenido sentido en 1954. Luchamos contra el fascismo por el mundo; Trabajamos juntos para mantener el país avanzando económicamente; Queríamos mejorar la justicia racial (al menos en los círculos en los que se encontraban Hart y Sachs); y luchamos contra el comunismo. Por supuesto, todavía hay algunos debates políticos dentro del círculo, como el debate sobre los sindicatos, pero todavía tenemos un grado razonable de unidad en objetivos importantes. Luego vino la guerra de Vietnam. A medida que entramos en los años 1960 y 1970, se nos hizo difícil afirmar que en el nivel más profundo compartíamos objetivos comunes.

La segunda pregunta es que Hart y Sachs dijeron que los jueces deberían usar el razonamiento lógico, pero ¿sobre qué base hacen tal afirmación? ¿Cuales son sus estándares? ¿Son sociólogos describiendo nuestro sistema de justicia? ¿O argumentan que el uso del razonamiento por parte de los jueces hace del mundo un lugar mejor? ¿O afirman que la exposición lógica es el único método filosóficamente sostenible para interpretar el lenguaje? Permanecieron en silencio sobre estas cuestiones. No nos dicen qué criterios debemos utilizar para juzgar si su teoría es sólida.

El tercer problema es que Hart y Sachs evitan cuestiones constitucionales. Nota 278 Los jueces comenzaron a seguir la agenda progresista en materia de justicia penal y otras cuestiones constitucionales, dictaminando que muchos estatutos y prácticas eran inconstitucionales. Ya en 1954, la

Corte Suprema dictó sentencia en el caso Brown contra la Junta de Educación de Topeka. Nota 279 *Griswold* v . Connecticut La nota 280 se decidió en 1965, seguida por Roe v . *Wade* en 1973 . Nota 281 . Pero Hart y Sachs se mostraron escépticos ante la decisión del juez de que el estatuto era inconstitucional. La teoría procesal del derecho sólo pretende tratar el proceso. Implica el diálogo y el ajuste entre diferentes mecanismos jurídicos, como la autonomía del derecho privado, las legislaturas, los órganos ejecutivos y los tribunales. Un juez que declara inconstitucional una acción o ley interrumpe el diálogo. Brown también sufre las deficiencias de estar basado en las ciencias sociales y la política social. Ese es un enfoque político policéntrico y no es adecuado que lo apliquen los tribunales. Así, en una época en que la revisión judicial era popular entre las élites académicas, Hart Jr. y Sachs eran escépticos sobre ella. Por ejemplo, cuestionaron si la decisión Brown fue políticamente ventajosa.

Además, a pesar de toda su oposición al formalismo, Hart y Sachs necesitan el formalismo para que su sistema funcione. Consideremos tres ejemplos: En el caso del enganche automático para ferrocarril, una interpretación literal del estatuto no era apropiada porque las palabras en sí mismas no tienen significado. Hay que explorar el propósito y el contexto. El propósito de la legislación vigente es mejorar la seguridad de los trabajadores. Pero supongamos que un trabajador ferroviario se cae del techo de un vagón sin raíles. ¿Tiene algún derecho a reclamación según la ley relativa a los enganches automáticos? Después de todo, el propósito de la ley es proteger la seguridad de los trabajadores. ¿Qué importancia tiene si en el artículo no se mencionan las barandillas? El contrato de arrendamiento con participación en las ganancias en el caso Jenkins no mencionaba la posibilidad de que el propietario de la tienda se mudara, pero el tribunal interpretó esta posibilidad en el contrato de arrendamiento. ¿Por qué entonces no incluir en la Ley de Ferrocarriles otras situaciones peligrosas? Hart y Sachs analizan una serie de casos para distinguir entre interpretaciones lingüísticas expansivas y restrictivas. Pero la cuestión es que, incluso sin discutir el propósito y el contexto, de hecho hay límites a lo que el texto en sí puede significar. La ley relativa a los enganches automáticos simplemente no se aplica a las barandillas. Entonces, ¿por qué no detenernos simplemente en las palabras del principio y explorar el propósito? ¿Por qué sería esto más

arbitrario que citar propósitos de seguridad laboral para ampliar el alcance del estatuto más allá de los conectores?

Hart y Sachs también parecen haber cometido la falacia de que "una sola regla tiene un solo propósito". En el caso de los acopladores automáticos, los legisladores pueden sopesar objetivos contrapuestos, como la seguridad de los trabajadores y los costos operativos del ferrocarril. En el caso del enganche automático del coche, el equilibrio favorece la seguridad. Pero ¿vale la pena darle a algún tipo de autoconector estatus exclusivo? Esto podría estar desequilibrado en otros aspectos. No podemos saberlo con seguridad. ¿Cómo podemos sacar conclusiones a partir del resultado de un compromiso? Lo mismo ocurre con los contratos. ¿Tal vez el propietario en el caso Jenkins estaba dispuesto a apostar a que el dueño de la tienda no se mudaría?

¿Cuál es la razón fundamental para utilizar la explicación lógica? O, en otras palabras, ¿qué significa exactamente la explicación lógica? Dijo que el juez no debería haber desestimado el caso porque la escritura en el caso de Jenkins no mencionaba la posibilidad de reubicación. En lugar de ello, el tribunal debería realizar una exposición razonada. ¿Pero por qué? Una razón puede ser que este método de juicio puede lograr mejor los objetivos del sistema legal. Ayuda a las personas a maximizar sus propios deseos y necesidades. ¿Pero qué pasa si, desde una perspectiva empírica, exigir a los jueces que proporcionen interpretaciones literales promueve la previsibilidad y, por lo tanto, ayuda a las partes a lograr sus objetivos mejor que la exposición argumentativa? En ese caso, ¿no preferirían Hart y Sacks el literalismo? Pero no lo tuvieron en cuenta. Parecen decididos a utilizar explicaciones lógicas pase lo que pase. ¿No es eso también una especie de formalismo?

El papel de la cancha imaginaria es el de base. Si el tribunal decide que la NLRB es la persona adecuada para tomar decisiones y que la agencia ha hecho su trabajo, ¿entonces qué? ¿Pero qué pasa si una decisión es mala? ¿No frustraría eso el propósito de seguir la institución (maximizar la satisfacción de los deseos y anhelos de la gente)? De todos modos, Hart y Sachs parecieron seguirlo porque ese era el "deber" del tribunal. ¿Pero no es ese el formalismo que Hart y Sachs intentan criticar? Si el tribunal explora este propósito último, ¿no está haciendo lo que la

legislatura le ha encomendado? Eso es exactamente lo que afirman los realistas del Dharma.

Finalmente, ¿no es fácil para los jueces “hacer trampa”? ¿No pueden los jueces encontrar un propósito que se ajuste a sus propias opiniones políticas? ¿No sería ella tan terca como para intervenir y hacerse cargo de los asuntos de otras personas sólo porque quería obtener un resultado determinado? Esto es exactamente lo que argumentó el presidente del Tribunal Supremo King.

Por tanto, parece que hay muchos problemas con el contenido del "Procedimiento Legal". Pero cualquier explicación sólida, rica e interesante del sistema legal es probable que presente estos problemas. Hart y Sacks todavía ofrecen respuestas bastante válidas a algunas de las preguntas planteadas por los realistas jurídicos. De hecho, los tribunales a veces actúan como si estuvieran formulando políticas y, si no tienen cuidado, pueden parecer legisladores. Esto se debe principalmente a la ambigüedad de las normas jurídicas. En este punto, Hart y Sachs están completamente de acuerdo. Pero muchas de estas ambigüedades pueden resolverse buscando contexto y propósito. Al menos describen una metodología que podría reducir drásticamente el área de penumbra de Hart. Y los tribunales deben resolver estas ambigüedades porque también tienen otras funciones. La legislación no es adecuada para resolver disputas entre partes individuales basándose en afirmaciones fácticas, y alguien tiene que cumplir una función de guardia para garantizar que los diferentes mecanismos, y el sistema legal en su conjunto, hagan bien su trabajo. Algunas áreas no son perfectas, pero quizá no deberíamos ser demasiado duros con ellas.

En cualquier caso, la metodología que Hart y Sachs articularon racionalmente se ha convertido en el enfoque estándar para la educación jurídica. Incluso hoy en día, sigue siendo el método de razonamiento jurídico estándar. Los tribunales deben tener en cuenta el tipo de caso que están intentando resolver. Los tribunales son buenos en algunas cosas, pero no en otras. Esta es una advertencia importante en el mundo actual, donde los tribunales a menudo tienen que lidiar con cuestiones sociales extremadamente complejas.

Hart y Sachs fueron influyentes (al igual que Dworkin) a la hora de sentar las bases de la educación jurídica. Si las ambigüedades jurídicas pueden resolverse examinando las teorías normativas y morales de fondo, y si esas teorías

normativas y morales son de hecho parte del derecho, ¿no deberían estudiarse en las facultades de derecho? A finales del siglo XX, vimos el surgimiento de muchos profesores de derecho con conocimientos en campos disciplinarios normativos relacionados, como el derecho y la economía, así como en teoría moral y política de diversos tipos. La nueva generación de estudiosos del derecho criticó el discurso de la escuela de procedimiento legal y formó el movimiento de estudios jurídicos críticos. Volveremos sobre este tema a su debido tiempo.

Sin embargo, haremos un desvío para explorar los tipos de teorías morales que podrían ayudarnos a resolver la ambigüedad de las normas jurídicas. ¿Existen teorías morales que puedan lograr efectivamente este objetivo? Si existe tal teoría moral, entonces los argumentos críticos contra la escuela procesal jurídica deberían tener poco efecto. Por el contrario, los estudios jurídicos críticos son simplemente una escuela de pensamiento opuesta. En comparación con otras escuelas de pensamiento, los estudios jurídicos críticos son como un nuevo juez de la Corte Suprema cuyas opiniones jurídicas difieren de las de los jueces King, Handy y Foster. Por tanto, la importancia del movimiento de estudios jurídicos críticos depende de examinar diferentes teorías morales que puedan respaldar el enfoque interpretativo de la escuela procesal jurídica. Y resulta que estas teorías morales también tienen otro atractivo, porque preguntan sobre la legitimidad política y moral de las leyes y si tenemos la obligación moral de obedecerlas.

Nota 239 : Brown v. Junta de Educación de Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

Caso 240 : Estados Unidos v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169 (2nd Cir. 1947).

Artículo 241 : HENNINGSEN V. BLOOMFIELD MOTORS, INC. 32 NJ 358, 161 A.2d 69 (1960).

註242 : CONST. DE EE. UU. ARTE. III, § 2.

Caso 243 : Fairchild v. Hughes 258 US 126 (1922); Massachusetts v. Mellon 262 US 447 (1923).

Caso 244 : Abbott Laboratories v. Gardner 387 US 136 (1937).

Caso 245 : Aetna Life Ins. v Haworth 300 US 227 (1937).

Caso 246 : Baker v. Carr 369 US 186 (1962).

Libro 247 : HENRY M. HART JR. y HERBERT WECHSLER, LOS TRIBUNALES FEDERALES Y EL SISTEMA FEDERAL (Foundation Press 1.ª ed. 1953).

Capítulo 248 : HENRY M. HART JR. y ALBERT M. SACKS, EL PROCESO LEGAL: PROBLEMAS BÁSICOS EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY 10–68 (William N. Eskridge Jr. y Philip P. Frickey eds., 1994).

註249 :L. Gillarde Co. contra Joseph Martinelli & Co. 169 F.2d 60 (1er Cir. 1948).
Caso 250 : Jenkins v. Rose's 5-10-25 Cent Store, Inc. 213 NC 606 (1938).
Caso 251 : *Norway Plains* Co. v. Bos. & Me. RR 67 Mass. 263 (1854).
Caso 252 : Lichten v. Eastern Airlines, Inc. 189 F.2d 939 (2nd Cir. 1951); HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 240–65.
Caso 253 : Youngstown Sheet and Tube Co. contra Sawyer 343 US 579 (1952).
Nota 254 : Fred Schauer, Casos fáciles, 58 S. CAL. L. REV. 399 (1985).
Nota 255 : HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 10–60.
Nota 256 : PLATÓN, REPÚBLICA 331c–d.
Nota 257 : *Id.* en 332a8–b7.
Nota 258 : *Id.* en 338c1–2.
Nota 259 : *Id.* en 514a1–517a6.
Nota 260 : *Id.* 369a1–427e5.
Nota 261 : Jenkins v. Rose's 5-10-25 Cent Stores, Inc. 213 NC 606 (1938).
Nota 262 : Riggs v. Palmer, 115 NY 506, 22 NE 188 (1889).
Nota 263 : HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 1114, extrayendo de Francis Lieber, HERMENÉUTICA LEGAL Y POLÍTICA, O PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN E INTERPRETACIÓN EN DERECHO Y POLÍTICA 18 1837 (William G. Hammond ed., St. Louis, FH Thomas & Co. 3ª ed. 1880 [1837]). En el ejemplo presentado por Lieber, al mayordomo simplemente se le ordenó "traer un poco de caldo" y se le dio algo de dinero. Usó este ejemplo para mostrar cómo muchas instrucciones no están escritas y se dejan a la interpretación, como por ejemplo que el dinero debe usarse para comprar carne y que cualquier dinero no gastado debe devolverse. (Nota del editor)
Nota 264 : *Norway Plains* Co. contra Bos. & A mí. RR 67 Mass. 263 (1854). *Véase* HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 386–95; *ver también Identificación.* (discusión de *las llanuras de Noruega como* problema nº 11 en el capítulo 3, sección 2).
Capítulo 265 : HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 1133–42.
Caso 266 : Johnson v. Southern Pacific Co. 117 F. 462 (8th Cir. 1902).
Caso 267 : Johnson v. Southern Pacific Co. 196 US 1 (1904).
Libro 268 : WITTGENSTEIN, INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS.
Capítulo 269 : HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 1124.
Caso 270 : Youngstown Sheet and Tube Co. contra Sawyer 343 US 579 (1952).
Libro 271 : HART & SACKS, EL PROCESO LEGAL, 457–58.
Id. en 286–87 .
Id . en 104.
Libro 274 : *Véase* págs. 189–90.
Libro 275 : Ronald Dworkin, *Casos difíciles* , 88 HARV. L. REV. 1057 (1975).
Capítulo 276 : RONALD DWORKIN, TOMANDO LOS DERECHOS EN SERIO (Harvard Univ. Press 1977); RONALD DWORKIN, UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS (Harvard Univ. Press 1985); RONALD DWORKIN, EL IMPERIO DEL DERECHO (Harvard Univ. Press 1986); RONALD DWORKIN, LA JUSTICIA CON TÚNICAS (Harvard Univ. Press 2006).

Libro 277 : Dworkin, *Casos difíciles* , 1089–93.
Capítulo 278 : Dworkin no compartía esta aversión. *Véase* LAW'S EMPIRE, pp. 355-399.-Ed.
Caso 279 : Brown v. Junta de Educación de Topeka 347 US 483 (1954).
Nota 280 : 381 US 479 (1965).
Nota 281 : 410 US 113 (1973).

Capítulo 7
Dos teorías morales

Hemos esbozado la evolución histórica de las teorías jurídicas en las que los jueces basan sus decisiones. Volveremos a este proceso cuando examinemos cómo los estudios jurídicos críticos responden a la escuela del proceso legal. Pero a menos que entendamos y ponderemos el papel que juegan los valores morales en la cima de la pirámide del propósito jurídico en el enfoque de la escuela de procedimiento jurídico para resolver la ambigüedad de las normas jurídicas, no entenderemos completamente por qué la escuela de procedimiento jurídico es susceptible a los estudios jurídicos críticos. Para comprender y comentar el papel de la moral es necesario comprender las dos teorías morales que la escuela procesal jurídica utiliza en última instancia para sustentar su exposición lógica. Estas teorías existen en la etapa de fondo de la escuela procesal jurídica.

La teoría moral es interesante por muchas razones. Los utilizamos (a menudo tácitamente) para criticar el comportamiento individual o los acuerdos sociales, incluido el contenido de las normas jurídicas. Se supone que los legisladores están motivados por principios morales o normativos cuando crean leyes. Incluso los positivistas más acérrimos afirman esto.

Ciertas cuestiones éticas están más estrechamente relacionadas con la propia estructura jurídica. Una de las preguntas es la siguiente: ¿Qué metodología deberían adoptar los jueces? Podemos responder a esta pregunta desde una perspectiva jurídica, como la regla del significado claro del contrato y la interpretación legislativa . significado regla); También podemos responder desde un punto de vista moral. Al igual que otras prácticas sociales, podemos realizar análisis y críticas morales sobre los métodos de razonamiento de los jueces, y existen muchas teorías morales que pueden servir como base para el análisis y la crítica.

También podríamos preguntarnos: ¿Es ético que un Estado establezca un sistema legal? ¿Qué razones morales pueden justificar el carácter coercitivo del sistema jurídico? O desde una perspectiva personal, ¿tenemos la obligación moral básica de obedecer la ley? ¿El hecho de que una ley simple sea ley crea una obligación moral? Se trata de

cuestiones morales, no jurídicas, pero también afectan a la naturaleza del derecho, no sólo a su contenido.

La escuela procesal jurídica destaca otra forma en la que la teoría moral puede ser relevante para el derecho. Para Fuller, Hart, Sachs y Dworkin, en casos ambiguos el significado de la ley sólo puede determinarse por referencia a los valores morales que pretende promover. Estos valores morales son, por tanto, inseparables de la ley; Son parte de la ley. Incluso los argumentos jurídicos “puros” a veces hacen referencia a estos valores morales de fondo. Cuando la teoría moral pasó a formar parte del derecho, también pasó a formar parte del currículo de las facultades de derecho. Si a un estudiante de derecho se le pregunta si una ley es justa, no se trata sólo de una interesante cuestión ética social; Le exige juzgar la base moral de una ley particular para poder usar esa base para interpretar la ley y aplicarla en otras situaciones.

Este enfoque debería ser capaz de responder a las dudas de los realistas jurídicos, a saber, que la ambigüedad jurídica es irresoluble y que los jueces simplemente imponen sus valores políticos en lugar de "obedecer" la ley al juzgar casos individuales. Los valores morales que utilizan los jueces al determinar el significado de la ley no son los valores morales de los jueces, sino los propósitos morales del legislador o de los tribunales anteriores. Así que el tribunal es "pasivo". Sin embargo, para poder responder a las dudas planteadas por los realistas jurídicos, es necesaria una teoría moral clara como base. Sólo podemos confirmarlo examinando el modo en que funcionan diversas teorías morales.

Por lo tanto, necesitamos explorar la teoría moral en tres niveles: ¿Cómo explica el derecho moral del Estado a coaccionar a la gente? ¿Cómo explica que las personas tienen la obligación moral de obedecer la ley? ¿Y puede cumplir la tarea asignada por la escuela procesal jurídica y responder a los realistas jurídicos resolviendo la ambigüedad de las normas jurídicas?

El utilitarismo y el contrato social

Podemos explorar teorías morales a partir de diferentes textos. Los Diez Mandamientos o Levítico de Los textos religiosos, como el Levítico, establecen un sistema de reglas que rigen un comportamiento moral específico. *La Ilíada* y la *Odisea presentan* bosquejos del comportamiento humano y también pueden ser vistas como una especie de teoría

moral, al igual que las Analectas de Confucio y el Taoísmo. Pero en lugar de extraer teorías morales de los textos, deberíamos mirar directamente a las dos teorías morales dominantes en la tradición occidental que dominan el análisis de las cuestiones morales en nuestro sistema legal: el utilitarismo y la teoría del contrato social .

El primero es un argumento general sobre la teoría moral misma. La teoría moral generalmente se centra en dos objetos de investigación. Uno de ellos son los fines propios de la actividad humana, o lo que los filósofos morales llaman “el bien”. Nota 282 ¿Deben los humanos perseguir la riqueza material, la belleza, la amistad y el amor, glorificar a Dios y otras cosas? La segunda son las reglas o principios del bien y del mal, que limitan nuestro enfoque en la búsqueda del bien. Esto es lo que los filósofos morales llaman la bien). Nota 283 Es útil distinguir entre los conceptos de bien y de derecho en la teoría moral .

es útil comprender la relevancia de la bondad y la rectitud en la teoría moral . Algunas teorías morales miden si una acción es correcta preguntando si aumenta o disminuye el bien. Estas afirmaciones a menudo se denominan teorías "consecuencialistas" . Si el resultado de una acción puede promover el bien, entonces esa acción es correcta. Las reglas de lo correcto y lo incorrecto son herramientas para producir buenos resultados. Otras teorías morales, a menudo llamadas "deontológicas", utilizan criterios para juzgar las acciones correctas e incorrectas que no tienen nada que ver con si las consecuencias de la acción aumentan o disminuyen el bien. El utilitarismo es una teoría consecuencialista, mientras que la teoría del contrato social que discutiremos es una teoría deontológica.

La principal figura del utilitarismo es el filósofo británico Jeremy Bentham. Nota 284 y Juan. Stewart. Juan Mill Estuardo Molino). Nota 285 El utilitarismo sostiene que una acción es moralmente correcta si maximiza la felicidad humana. Supone que la bondad es la felicidad humana. Nota 286 Por lo tanto, el utilitarismo sostiene que maximizar el bien es lo correcto. Por lo tanto pertenece al consecuencialismo. Es un representante típico del consecuencialismo y a veces se le considera erróneamente como el único consecuencialismo. De hecho, algunos bienes consecuencialistas no son la felicidad humana. Podemos afirmar que es bueno glorificar a Dios y sólo preguntarnos si una acción particular es

correcta en función de si maximiza o aumenta la gloria de Dios. O podemos afirmar que la bondad es belleza y así determinar que el comportamiento correcto es aquel que maximiza la belleza. Sin embargo, el utilitarismo sigue siendo la forma moderna de consecuencialismo más ampliamente aceptada.

Hay mucha literatura que analiza los pros y contras del utilitarismo. Nota 287 Los utilitaristas también debatieron qué constituye la felicidad humana. Nota 288 ¿Se trata de maximizar la satisfacción de las elecciones humanas (similar a la teoría del mercado), o implica maximizar la excitación del cerebro? Esta diferencia es importante para comprender las cuestiones planteadas en el trabajo de Mill. En su monografía " Utilitarismo " En la nota 289 , Mill sostiene que la acción correcta es aquella que maximiza la felicidad humana. Pero en *Sobre* la libertad Nota 290 , defendió que el Estado no debería interferir en el comportamiento egoísta. La última ley parece ser más deontológica que consecuencialista. ¿Qué sucede si los resultados de la interferencia del Estado en la libertad individual promueven la felicidad humana? La respuesta puede estar en la definición de Mill de la felicidad humana como la satisfacción de las elecciones humanas. Nota 291 Si definiera la felicidad como un determinado estado neuronal del cerebro humano, las dos partes de su obra podrían contradecirse. Nota 292

Otro debate inherente al utilitarismo es cómo comparamos la felicidad de diferentes personas. Nota 293 ¿Cómo sabemos que los sentimientos de felicidad o dolor de una persona no son más fuertes que los de otra? ¿Por qué el enfoque se centra tan estrechamente en los humanos? ¿Por qué no incluir a todos los seres sensibles, incluidos los animales superiores? ¿O por qué incluir a todos los humanos? ¿Por qué no centrarme en el bienestar de mi clan o entidad política? ¿Buscamos la maximización de la felicidad total o la felicidad promedio? ¿La felicidad es como la temperatura o una especie de energía térmica? Un pequeño placer como una taza de té puede ser bastante cálido, pero ciertamente no tiene mucha energía térmica. Un objeto del tamaño del océano podría no ser tan caliente, pero podría generar más energía térmica. Estas diferencias inciden en políticas que afectan a todas las poblaciones.

¿Cuál es el período de tiempo para maximizar la felicidad? Nota 294: ¿Es necesario adoptar una política de primero sufrimiento y luego felicidad para la mayor felicidad de una generación? Si se trata de una generación, es posible que tendamos a disfrutar antes los frutos de nuestro trabajo. No existe un momento objetivamente “adecuado”. Tiene sentido que las personas maximicen su felicidad durante su expectativa de vida, pero eso no significa que no valoremos la felicidad de las generaciones futuras.

Al aplicar el utilitarismo a cuestiones morales específicas, la respuesta debe depender de la pregunta. Antes de que se pueda llegar a una respuesta, el utilitarismo no tiene ninguna dirección fija y es irremediablemente vago, y debe depender de cuestiones empíricas. De modo que el utilitarismo parece incapaz de abordar el problema que los estudiosos del procedimiento tienen en mente: resolver la ambigüedad de las normas jurídicas explorando más profundamente nuestros valores morales.

Lo anterior son cuestiones conceptuales. El utilitarismo también tiene problemas normativos porque no describe adecuadamente los juicios morales que sostenemos instintivamente. La mayoría de nosotros estamos de acuerdo en que la esclavitud era moralmente incorrecta, cualesquiera que fueran sus consecuencias . Un utilitarista podría argumentar que la esclavitud no maximiza la felicidad humana. Cualquier "beneficio" que pueda traer a los dueños de esclavos debe ser compensado por el daño causado a los esclavos. Pero la mayoría de la gente piensa que la condena moral de la esclavitud no debería depender de tales cálculos. La esclavitud es incorrecta y no hay necesidad de sopesar los pros y contras de sus consecuencias.

A los filósofos les gusta ilustrar este punto con dos situaciones hipotéticas. En ambos casos se trató de un tranvía fuera de control con el piloto automático en marcha que atropelló a cinco personas que estaban trabajando en las vías y no se percataron del movimiento del tranvía. Nota 295 Un escenario hipotético es que una persona que se encuentre cerca del cambio de vía pueda tirar de la máquina para desviar el carro hacia una vía lateral en donde se encuentra otro trabajador que no se da cuenta de que se aproxima un carro descontrolado. Al accionar el interruptor, el transeúnte podría evitar que cinco personas sean atropelladas por el tranvía, aunque mataría a otro

trabajador que trabaja en el ramal. En el segundo escenario hipotético, dos transeúntes se encuentran parados en un puente sobre las vías y observan cómo el tranvía avanza hacia los cinco trabajadores. Uno de los transeúntes era lo suficientemente grande como para que si caía delante del carro, pudiera detenerlo y evitar que las cinco personas murieran, pero él también sería asesinado por el carro. Por lo tanto, otra persona podría empujar a la persona más grande desde el puente, haciendo que cayera frente al carrito y salvando cinco vidas. En cualquier escenario, la acción de matar a otra persona podría realizarse para salvar cinco vidas, por lo que las consecuencias de la acción son las mismas. Sin embargo, está claro que la moralidad de las acciones en ambos casos es diferente. Los utilitaristas argumentan que la permisibilidad moral de las acciones del espectador es la misma en ambos casos. Para ellos, matar a una persona para salvar a cinco es lo correcto. Sin embargo, intuitivamente solo se puede decir que el primer escenario es un comportamiento permisible, porque en este caso, se puede decir que la muerte es un efecto secundario de tirar del interruptor para desviar el carro hacia la vía secundaria. En el segundo caso, la acción del transeúnte es moralmente incorrecta porque es intuitivamente inmoral matar intencionalmente a alguien para salvar a otras cinco personas. Un utilitarista podría decir que es un error pensar que existe una diferencia moral entre las acciones de los espectadores en los dos casos. Pero el objetivo aquí no es resolver una controversia particular en filosofía moral, sino señalar los problemas percibidos con el utilitarismo, o de hecho con todo consecuencialismo. Nuestra intuición nos dice que a veces lo correcto o incorrecto de una acción no depende únicamente de sus consecuencias.

Otro problema normativo del utilitarismo son sus exigencias constantes y excesivas. Está siempre "encendido". Nos juzga todo el tiempo y nos juzga cada vez que fallamos. Nota 296 Incluso mientras escribo y mientras usted lee, no estamos moralmente correctos. De hecho, ciertamente hay cosas que podemos hacer además de escribir y leer para mejorar nuestra felicidad general. Podemos donar sangre o ganar más dinero para donar a los refugiados de guerra. El dinero de nuestras cuentas bancarias puede ciertamente ser utilizado para un bien mayor si se dona a la Cruz Roja que si lo gastamos en

cualquier otro propósito nosotros mismos. El utilitarismo es sin duda una buena advertencia, ya que nos dice que si no somos tan “egoístas”, a menudo podremos utilizar los recursos de manera más eficiente. Pero si no mantenemos siempre un corazón altruista, ¿realmente nos consideramos “inmorales”? ¿Es necesariamente “inmoral” preferir gastar dinero en la propia familia en lugar de donarlo a los refugiados en un país desgarrado por la guerra? La cuestión no es resolver estos problemas morales, sino argumentar que el utilitarismo no nos permite tomar decisiones por razones personales. Los individuos deben siempre maximizar la felicidad general y no sólo perseguir sus propios intereses.

Tal vez podamos liberar a las personas de las limitaciones de la eficiencia al otorgarles "derechos". Podemos ejercer los "derechos de propiedad" como queramos, y ese diseño de derechos puede recompensar a las personas por trabajar más e invertir, lo que será beneficioso para mejorar la eficiencia en el largo plazo. Este enfoque a veces se denomina utilitarismo de reglas . utilitarismo) . Nota 297 La idea es que las reglas están justificadas si maximizan la felicidad humana, y dichas reglas pueden juzgar casos individuales. Esta es una teoría moral diferente del verdadero utilitarismo (utilitarismo del acto). Pero tal vez, bajo el utilitarismo, la contribución de las reglas a la felicidad sea sólo un hecho empírico. En cualquier momento dado, los actores deben juzgar si el impacto negativo de sus acciones sobre el sistema de derechos supera su contribución al bienestar. Esta fórmula requiere un cálculo constante de los beneficios, aunque ahora el efecto de las normas también pasa a formar parte del cálculo. Quizás permita cierto margen de maniobra para perseguir los propios intereses, pero tales cálculos siguen siendo agotadores.

A pesar de estas dudas, el utilitarismo tiene su atractivo de sentido común. A menudo escuchamos hablar del utilitarismo en las conversaciones cotidianas, especialmente cuando analizamos políticas sociales amplias. ¿Qué tipo de política fiscal deberíamos adoptar? Intentemos determinar qué tasa impositiva es mejor para la felicidad general. De hecho, nuestras consideraciones morales van más allá de esto. Algunos están más preocupados por la desigualdad en el sistema tributario, o el daño que el sistema tributario

causa a la libertad individual en el mercado. Pero es difícil negar que el discurso utilitarista es extremadamente común en estos temas.

¿Tenemos la obligación moral de obedecer la ley?

En cualquier caso, ya sabemos lo suficiente sobre el utilitarismo para abordar las cuestiones que la teoría jurídica puede plantear a la teoría moral. La primera pregunta es si el Estado tiene la legitimidad moral para imponer el respeto de la ley a sus ciudadanos. Para el utilitarismo, la respuesta parece ser relativamente sí. Por supuesto, la coerción socava la libertad individual, pero esto no es un problema para el utilitarismo. Los utilitaristas no promueven la libertad por el mero hecho de promoverla; Su objetivo es maximizar la felicidad humana. La libertad en sí puede ser beneficiosa para la felicidad humana, pero esa es una cuestión empírica. Mientras nuestro sistema legal maximice la felicidad, los utilitaristas estarán contentos.

Esto nos lleva de nuevo al Capítulo 3. La ley es un sistema centralizado, obligatorio y formalizado. Estas características tienen beneficios que van desde mejorar la previsibilidad hasta permitir que los expertos se concentren en tomar decisiones sobre cuestiones complejas. Al mismo tiempo, un sistema así también presenta inadaptación, conservadurismo, alienación y varias otras deficiencias. Si sumamos estos efectos positivos y negativos, podemos determinar si la ley favorece la felicidad.

Si la pregunta es si deberíamos tener algún sistema legal, el utilitarismo proporciona fácilmente una respuesta. En última instancia, se trata de una cuestión empírica, pero está claro que al menos algún tipo de normas jurídicas puede mejorar la felicidad humana en general. Como dijo famosamente Hobbes, sin ley, la vida sería "solitaria, pobre, desagradable, cruel y corta". Nota 298

Pero para el utilitarismo, simplemente responder a la pregunta de si se debe establecer un sistema legal no es el final de la discusión. Las diversas características mencionadas en el Capítulo 3 existen en distintos grados. Nuestro sistema legal puede ser más fuerte en algunos aspectos y más débil en otros. El grado de centralización, formalización y coerción puede ser alto o bajo. La ley interviene en nuestras vidas en distintos grados. Todos ellos están vinculados a la estructura de las normas jurídicas. Puede haber jueces que actúen más como King, Handy o

Foster. Para el utilitarismo, puede haber un nivel óptimo de estas características, al menos en teoría. Como ya no somos anárquicos, los beneficios de tener “más” leyes probablemente serán muy altos y los efectos negativos bastante bajos. Sin embargo, a medida que se agreguen más leyes, los beneficios marginales de agregar leyes disminuirán y los efectos negativos pueden aumentar. No existe una manera fácil ni práctica de saber exactamente dónde se encuentra el punto de inflexión, por lo que el modelo es tanto un hecho analítico como una metáfora. La cuestión es que el utilitarismo sostiene que agregar más leyes aumentará la felicidad humana, pero también es posible tener demasiadas leyes.

Además, los beneficios positivos y los impactos negativos de las leyes pueden sentirse de manera diferente en distintas áreas. En las transacciones comerciales, la previsibilidad es importante, por lo que el riesgo de que las interacciones se vuelvan distantes es relativamente pequeño. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal o del bienestar infantil, puede suceder lo contrario. Quizás querríamos una regulación más centralizada en los mercados de valores, pero no en los ámbitos internos. Tal vez querríamos normas más flexibles sobre la custodia de los hijos, pero también reglas más formales sobre la legislación fiscal. De hecho, esa es la realidad de nuestro sistema jurídico actual.

En última instancia, el utilitarismo responde a estas preguntas identificando los medios por los cuales se maximizará la felicidad humana. La respuesta puede ser vaga, pero la forma en que se argumenta es bastante clara. La respuesta debe ser que el sistema legal no será abandonado por completo.

La segunda pregunta es la inversa de la primera: incluso si el Estado tiene razones moralmente justificables para promulgar un sistema jurídico, ¿qué obligación moral tienen los individuos de obedecer ese sistema jurídico? ¿Tienen los individuos alguna obligación moral de obedecer la ley? Las obligaciones morales de los individuos a veces exigen que hagan exactamente lo que la ley les exige que hagan. Un utilitarista consideraría inmoral matar a otra persona sin motivo. Por coincidencia, o quizá incluso a causa de tales juicios morales, la ley también hace ilegal matar. La pregunta es si el hecho de que una acción sea ilegal significa que los individuos tienen la obligación moral de abstenerse de realizarla.

Hay tres posibles respuestas a esta pregunta. Nota 299 Una de ellas es que el hecho de que un acto también sea ilícito no tiene efecto sobre las obligaciones morales de una persona. Según este enfoque, la ley es transparente a las obligaciones morales. Nota 300 Deberíamos mirar directamente más allá de la ley, al estándar moral último, para determinar nuestras obligaciones morales. Debido a la transparencia, la ilegalidad de un acto no tiene impacto en las obligaciones morales. Una segunda respuesta posible es que tenemos la obligación moral absoluta de obedecer la ley. Según este enfoque la ley es opaca. Nota 301 Si sabemos que tenemos una obligación legal de hacer algo, no necesitamos preguntarnos si tenemos una obligación moral de hacerlo. Una tercera respuesta posible es que la forma en que la ley trata el comportamiento puede tener efectos diferentes, pero éstas no son diferencias decisivas en términos de obligaciones morales. La ley es semitransparente. Nota 302 Miraremos más allá de la ley hacia el estándar moral último, y aunque la existencia de la ley afectará nuestra perspectiva, no bloqueará completamente nuestra visión del código moral último.

Para el utilitarismo, es obvio que la ley debe ser semitransparente con respecto a nuestras obligaciones morales. Como se mencionó anteriormente, la organización de los asuntos a través de sistemas legales contribuye al bienestar general de maneras complejas. Al aumentar la previsibilidad, nos permite planificar nuestros asuntos, aumentando así nuestro bienestar general. Pero a veces puede reducir la felicidad general debido a errores de emparejamiento y errores conservadores. Si un utilitarista cree, después de sopesar los pros y los contras, que la existencia de instituciones legales aumenta aproximadamente la felicidad general en comparación con su ausencia, entonces tendrá en cuenta este hecho al juzgar las obligaciones morales. En cada caso, primero preguntaría sobre el efecto de la acción sobre la felicidad general y luego consideraría si la obediencia del individuo tendría algún efecto sobre si los demás obedecen la ley. Si él se salta un semáforo en rojo, ¿los demás también se saltarán el semáforo en rojo, lo que hará más difícil que la gente confíe en las leyes de tránsito? También consideraría que las reglas a menudo son determinadas por personas más profesionales y con más conocimientos; Los individuos

pueden ser parciales en comparación con las entidades que elaboran las normas jurídicas. En resumen, el utilitarismo sopesa todos los pros y contras de una acción, los suma y luego juzga el posible impacto de la obediencia o desobediencia sobre el comportamiento de los demás y, por tanto, su posible impacto sobre el estado de derecho. Nota 303 El hecho de que una ley prohíba una determinada acción puede en sí mismo sustentar una obligación moral de obedecer la ley, pero su impacto puede ser menor que las consecuencias negativas de la acción en sí.

La situación real puede ser más complicada. Un utilitarista podría pensar que vivimos en una sociedad con demasiadas leyes. O tal vez piense que en nuestra sociedad la gente generalmente sigue la ley ciegamente. En ese caso, tener un modelo a seguir en materia de inconformidad puede realmente tener un impacto positivo. Por lo tanto, el mero hecho de que una determinada acción sea ilegal puede ser en sí mismo un motivo de desobediencia. En resumen, el utilitarismo también se refiere al impacto de la ley misma en la felicidad humana, y las decisiones individuales de obedecer o desobedecer también pueden tener un impacto en la efectividad del sistema. Esto, a su vez, se convierte en el cálculo utilitario para evaluar si una acción particular es correcta o incorrecta. Pero todavía no es una influencia decisiva.

Las discusiones sobre si tenemos la obligación moral de obedecer la ley a menudo incluyen discusiones sobre la desobediencia civil. Especialmente en los siglos XIX y XX, la desobediencia civil fue una poderosa forma de protesta política. Enrique. David. Henry Thoreau David El ensayo de Thoreau "Desobediencia civil" Nota 304 Es bien sabido que el movimiento político de Gandhi, los manifestantes contra la guerra de la década de 1960 y los activistas de los derechos civiles (especialmente el Dr. King) también fueron profundamente influenciados. Hay muchas versiones de desobediencia civil, pero la versión clásica es la desobediencia a las leyes en protesta por su inmoralidad, siempre que dicha desobediencia sea pública, pacífica y basada en la conciencia. Nota 305 Los manifestantes también deben estar dispuestos a aceptar el castigo. En los Estados Unidos, durante la segunda mitad del siglo XX, el uso de la desobediencia civil se complicó por el hecho de que los manifestantes a menudo afirmaban que las leyes que

desobedecían no sólo eran inmorales sino también inconstitucionales e ilegales. Los manifestantes a menudo se muestran reacios a aceptar el castigo porque creen que sus acciones de desobediencia no son ilegales. Algunos manifestantes contra la guerra huyeron a Canadá para evitar el castigo. Se puede decir que la desobediencia civil adopta muchas formas.

La desobediencia civil encaja perfectamente en un marco utilitarista, incluso si los propios manifestantes no recurren al utilitarismo. En cambio, sus discursos se basan en el pacifismo, la igualdad, la autodeterminación o el antiimperialismo. El problema es cómo los utilitaristas evalúan la desobediencia. Las estrategias utilitaristas eficaces pueden hacer que las personas se nieguen a obedecer leyes específicas y, al mismo tiempo, minimizar el impacto negativo de la desobediencia en el sistema legal en su conjunto. Si el "efecto contagio" de la desobediencia puede limitarse a ciertos eventos ritualizados (desobediencia abierta, pública, pacífica y consciente por la cual los manifestantes están dispuestos a aceptar el castigo), los manifestantes pueden maximizar la eficacia de acciones específicas y minimizar los efectos negativos que la desobediencia puede tener sobre el estado de derecho en su conjunto. Es poco probable que las sentadas pacíficas para protestar contra una guerra injusta, si bien implican aceptar las consecuencias del castigo, influyan en la voluntad de otras personas de obedecer la ley o pagar impuestos.

Las respuestas a todas estas preguntas pueden ser vagas, pero el marco analítico del utilitarismo es relativamente sencillo. Quizás no responda la pregunta definitivamente, pero al menos proporciona una forma coherente de argumentar. Los utilitaristas analizan estas cuestiones utilizando el enfoque intuitivamente familiar de sopesar los pros y los contras de las acciones. Cualquiera que sean los defectos que pueda tener el utilitarismo desde un punto de vista filosófico, suena como el estilo de conversación política.

El contrato social de Rousseau

Esta exploración histórica de la jurisprudencia estadounidense plantea tres preguntas. Para la escuela procesal jurídica, se necesita una teoría de fondo que pueda resolver la ambigüedad de las normas jurídicas para refutar la afirmación realista jurídica de que los jueces resuelven estas ambigüedades haciendo referencia a sus propias

preferencias políticas y morales. Para Fuller, Hart y Sachs, esa teoría de fondo parece ser algo así como el utilitarismo; Pero para Dworkin no lo es. El propósito del sistema legal es maximizar la satisfacción de las preferencias de la gente. La pregunta es si el utilitarismo puede cumplir la tarea que Fuller, Hart y Sacks asignan a la teoría moral. Si el significado de la ley escrita, o incluso su propósito, no está claro, ¿puede el utilitarismo resolver estas ambigüedades?

El utilitarismo ciertamente tiene problemas para cumplir esa tarea. A primera vista, si una explicación particular aumentará o disminuirá la felicidad humana general debe depender de preguntas empíricas que no tienen respuestas definitivas. Pero algunas preguntas son fáciles. Podríamos estar de acuerdo en que abolir las autopistas reduciría la felicidad humana en general. Sin embargo, la mayoría de los problemas que afrontamos, como por ejemplo si se debe construir una determinada autopista, inevitablemente darán lugar a argumentos a favor y en contra. Y a medida que profundizamos en las cuestiones jurídicas y sociales más espinosas, la falta de respuestas claras y correctas se hace aún más común.

El utilitarismo es, en algunos aspectos, fundamentalmente más incierto. ¿Qué es la felicidad humana? Los economistas pueden intentar resolver este problema técnico utilizando monedas equivalentes como estándar de cálculo.[Nota 306] Pero aún hoy, campos como la economía del comportamiento continúan desafiando a la economía clásica.[Nota 307] E incluso si pudiéramos ponernos de acuerdo sobre una medida de la felicidad humana, el problema sería cómo definir el período de tiempo que maximiza la felicidad.

Incluso si se pudieran superar todos los desafíos, aún tenemos el problema metodológico de cómo sopesar los pros y los contras de las decisiones individuales. ¿No es esa la metodología orientada a políticas adoptada por los legisladores? ¿No sostiene la escuela jurídica procesal que los tribunales actúan de manera diferente a las legislaturas? Así que todavía no hemos avanzado mucho en responder las preguntas de los realistas del Dharma. ¿No dijo Fuller que se trataba de un problema multicéntrico que los tribunales no estaban capacitados para abordar? Fuller buscó demostrar que los tribunales tienen un papel y un método especiales en nuestra estructura de gobierno. El utilitarismo

se parece a las compensaciones políticas que esperamos que la legislación haga cumplir.

Detengámonos un momento y pensemos en ello. Los procedimentalistas jurídicos sostienen que las creencias morales son parte de la metodología interpretativa y, por tanto, parte del sistema jurídico, y llaman nuestra atención sobre cómo la teoría moral puede resolver las ambigüedades de las normas jurídicas. El utilitarismo nos proporciona una perspectiva para comprender el sistema jurídico y nuestras obligaciones morales, pero no es una solución eficaz para reducir la ambigüedad en las normas jurídicas.

Otra teoría moral dominante a finales del siglo XX fue la deontología, que sólo hablaba de derechos sin tener en cuenta las consecuencias. Es una teoría política y moral que se basa en el concepto de contrato social. El enfoque preferido de Dworkin para resolver la ambigüedad en las normas jurídicas es este tipo de teoría. El concepto de contrato social en la filosofía contemporánea se remonta al menos a Hobbes.[Nota 308] y Locke[Nota 309], pero exploraremos las teorías posteriores propuestas por Rousseau, Kant y Rawls.

Bajo la premisa de la lealtad a la libertad individual, ¿qué legitimidad tiene el Estado para obligar a los individuos? Si creemos en el derecho divino de los reyes, es más fácil que el Estado sea legítimo. Si Dios gobierna el universo y designa reyes para gobernar el país, se deduce que los decretos del rey están moralmente justificados. Pero cuando ya no creemos en el derecho divino de los reyes, ¿qué derecho moral tiene el Estado a coaccionar a su pueblo?

La teoría del contrato social toma prestados conceptos de sentido común de la vida cotidiana. ¿Cómo ejercen los individuos su libertad para disciplinarse en su vida diaria? Celebrar un contrato. Entonces, ¿por qué no utilizar este concepto como metáfora para explicar por qué tenemos la obligación colectiva de obedecer la ley? Nos vinculamos a través de contratos porque podemos obtener algo a cambio. ¿Qué tipo de inferencia hay en el uso de contratos para explicar nuestras obligaciones políticas? Para Hobbes, se trataba de lograr la paz y la seguridad. Creía que vivir en un estado de naturaleza, es decir, un estado sin leyes, conduciría inevitable y probablemente rápidamente a la guerra y haría que las personas se convirtieran en enemigos entre sí.[310] En su famosa descripción, fue una guerra en la

que todos se mataron entre sí. Nota: 311 personas tendrán libertad ilimitada pero seguirán enfrentando el riesgo de ser asesinadas. Estarían felices de renunciar a ciertas libertades naturales a cambio de la paz y la seguridad que el Estado y el sistema legal pueden proporcionar. Para Locke, las condiciones del intercambio no son sólo lograr la paz y la seguridad entre nosotros y los demás, sino también proteger nuestros derechos de propiedad natural. Nota 312

Estos argumentos son pragmáticos y directos. Así como el utilitarismo diría que la sociedad civil sería “más feliz” con un orden legal, Hobbes y Locke argumentaron que los individuos estarían “mejor” en la sociedad civil. La única diferencia es que para Hobbes los individuos están "en mejor situación" porque pueden vivir en paz y estar protegidos de los peligros de la guerra; Mientras que para Locke los individuos están “en mejor situación” porque tienen mayor protección en el disfrute de su propiedad. Utilizando la metáfora del "contrato", Hobbes y Locke abordaron la objeción de que el uso de la fuerza coercitiva por parte del Estado para mantener el orden es un ataque a la libertad individual. Los individuos en el estado de naturaleza renunciarían libremente a parte de su libertad para obtener estas protecciones. Hobbes y Locke propusieron teorías políticas interesantes, pero no propusieron una teoría moral completa, mientras que Rousseau sí lo hizo.

Rousseau en El *contrato social* Nota 313 La famosa cita del principio: «El hombre nace libre, y en todas partes está encadenado... ¿Cómo se produjo este cambio? No puedo decírtelo. ¿Qué lo hizo justo? Puedo responder a eso». Nota 314 Rousseau no defendía la abolición del Estado. No tenía preferencia por la libertad absoluta en el estado de naturaleza. Más bien, analiza qué forma debe adoptar un Estado para ser legítimo. Rousseau lamentaba la depravación de la condición social actual, pero no creía que fuera posible para nosotros regresar al estado de naturaleza. El progreso de la civilización es irreversible. En cambio, sostiene, deberíamos centrarnos en los mecanismos de la sociedad contemporánea que moldean nuestro carácter: nuestras familias, nuestra educación y nuestra nación. Necesitamos reformar estas instituciones para que produzcan individuos y sociedades que muestren cualidades admirables. Habla de la familia en *Julie, o la nueva Eloísa:*

cartas de dos amantes que viven en un pequeño pueblo al pie de los *Alpes* . Nota 315 Habla de la educación en Emilio. Nota 316 Analiza el Estado en El contrato social. El enfoque de Rousseau se hace eco de los argumentos de Platón en La República y también de los enfoques de Hart y Sachs en Procedimiento legal. Si nos preocupamos por la justicia en casos individuales, deberíamos preocuparnos por la estructura del Estado (y otros mecanismos que nos afectan). Nos centraremos en el Estado y el Contrato Social.

Según la teoría del contrato social de Rousseau, un Estado adecuado es aquel que permite a los ciudadanos disfrutar de libertades civiles equivalentes a las del estado de naturaleza, aunque los ciudadanos renuncien a dichas libertades para formar un Estado. Para permitir que todos los ciudadanos disfruten de libertades civiles equivalentes a las que disfrutan los individuos en el estado de naturaleza, el poder legislativo del Estado debe ponerse en manos del propio pueblo. La forma que debe adoptar la legitimidad estatal es la democracia pura o directa, el máximo órgano legislativo del estado debe estar compuesto por el pueblo y todos los miembros de la legislatura tienen derechos de voto iguales. Sólo bajo la democracia directa la obediencia de los ciudadanos individuales a la ley representa la obediencia a sí mismos, porque son los creadores de esas leyes, y esta es también la condición para que el Estado gane legitimidad. Rousseau sostuvo que sólo bajo la democracia directa las personas podían convertirse en actores autónomos, y cambió la vida en el estado de naturaleza por la vida bajo las leyes de la sociedad civil. Sólo de esta manera cada ciudadano podrá convertirse en su propio amo y no en esclavo de los demás.

Así, la versión de Rousseau del contrato social difiere de la versión de Locke (y Jefferson). En la versión de Locke, los individuos conservan ciertos derechos naturales "inalienables", intercambiando algunas de sus libertades naturales por una mayor seguridad en el disfrute de otros derechos. Nota 317 En la versión de Locke, imagina a los individuos todavía en el estado de naturaleza. En la versión de Rousseau, el individuo debe renunciar a todos sus "derechos naturales" para salir del estado de naturaleza y poseer las libertades civiles que le confiere el vivir de acuerdo con la ley. Rousseau llamó a este tipo de libertad "libertad moral". Nota 318 Su contrato social era intercambiar la libertad natural por la libertad moral.

Rousseau distinguía entre libertad natural y libertad moral porque creía que la transición del estado natural a la sociedad civilizada transformaría a las personas de criaturas completamente dominadas por el instinto a criaturas constreñidas por la razón. Nota 319 Una vez que la multitud se ha unido en un pueblo soberano, cada individuo adquiere la capacidad de deliberación racional y es capaz de concebir los intereses comunes del grupo al que ahora pertenece. Además, cuando estas deliberaciones producen legislación que promueve el bien común, las leyes resultantes expresan la voluntad del pueblo en su conjunto, o lo que Rousseau llamó la "voluntad general " . general voluntad). Nota 320 En efecto, Rousseau sostuvo que la producción legislativa del legislador debe representar el ejercicio de la razón pública y expresar la voluntad general para poder ser llamada ley. 321 De lo contrario, sólo representan el agregado de las influencias de las parcialidades, inclinaciones y pasiones de diferentes individuos entre la multitud, y no las conclusiones de la razón pública. Cumplir instrucciones que se obtienen simplemente sumando votos sin considerar el bien común del grupo no puede entenderse como obedecerse a uno mismo. Esa no es la realización de la libertad moral.

Una vez concluido el contrato social, la soberanía pertenece a todo el pueblo, no al gobierno. Nota 322 El contrato social no establece ningún gobierno. En la sociedad civil, el pueblo soberano crea colectivamente un gobierno para administrar y ejecutar las leyes que crea, y puede poner fin al gobierno cuando lo desee. Nota 323 El gobierno creado por el pueblo en la sociedad civil puede tomar muchas formas. Puede ser una monarquía, una oligarquía o una democracia. Nota 324 Sin embargo, cualquiera que sea el sistema político utilizado, la soberanía no pertenece al gobierno, sino al pueblo en su conjunto.

El pueblo en su conjunto, como soberano, elabora las leyes basándose en el principio de la regla de la mayoría. Si los votos del pueblo en su conjunto al legislar reflejan una deliberación racional orientada a promover el bien común del grupo, entonces la legislación es un ejercicio de la razón pública y su resultado es una declaración de la voluntad general. En este sentido, la mayoría del pueblo es el árbitro de la voluntad general. Las teorías sociológicas contemporáneas de la política y de los grupos electorales sugieren que el vínculo entre el gobierno de la mayoría y la

racionalidad es tenue. Y Rousseau no ignoraba la fragilidad de esta conexión. Su distinción entre la voluntad general y la suma de las parcialidades, inclinaciones y pasiones individuales refleja su conciencia de la facilidad con que las asambleas democráticas podían abandonar la razón. Votar sin considerar cuál es la mejor manera de promover el bien común no es un ejercicio de la razón pública. Carece del consenso subyacente sobre el objetivo final que une a la gente detrás del proceso deliberativo y, por lo tanto, Rousseau reconoce que las facciones y los intereses personales pueden destruir la voluntad general. Una parte importante de su propuesta es que recomienda tomar medidas, cuando sea necesario, para mitigar los factores económicos y étnicos que podrían alentar la formación de dichas facciones y reforzar los motivos de lucro privado.

¿Cómo ayuda la teoría del contrato social de Rousseau a responder nuestras tres preguntas sobre el sistema legal? En primer lugar, un Estado debe cumplir los requisitos de legitimidad enumerados en la teoría antes de tener una razón legítima para usar la fuerza coercitiva a través del sistema legal. Ése es el sentido del contrato social. El sistema legal ejerce un poder coercitivo sobre las personas en formas que parecen incompatibles con su libertad. Pero los ciudadanos de un Estado apropiado ya han renunciado a sus derechos naturales al establecer la sociedad civil; También han adquirido derechos civiles al convertirse en colegisladores de leyes que son vinculantes para ellos. Nota 325 Esto no está en conflicto con la libertad; Es un ejercicio de libertad. Aunque están sujetos a leyes que expresan la voluntad general, no obedecen a nadie más que a sí mismos y, por tanto, se gobiernan a sí mismos, como en el estado de naturaleza. Por supuesto, si el Estado no cumple los requisitos teóricos de legitimidad, entonces el ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado a través del sistema legal es injustificado. Pocas naciones cumplen las condiciones explicadas en la declaración inicial de Rousseau: el hombre nace libre, pero en todas partes está encadenado.

En segundo lugar, para aquellos individuos sujetos a leyes nacionales legítimas, la teoría también les da una respuesta directa a si tienen la obligación moral de respetar la ley. En la medida en que las leyes son resultado del ejercicio de la razón pública y expresan la voluntad general, los individuos tienen la obligación absoluta de obedecerlas.

Sin embargo, si reflejan sólo el conjunto de las influencias de las parcialidades, inclinaciones y pasiones individuales de la ciudadanía en su conjunto, entonces los individuos no tienen obligación de obedecer las leyes. A diferencia del utilitarismo, que ofrece una respuesta vaga y mal concebida a la pregunta de si los individuos tienen la obligación moral de obedecer la ley, la versión de Rousseau del contrato social parece ofrecer una respuesta de todo o nada. Eso podría ser extremadamente conservador o extremadamente revolucionario.

¿Cómo funciona la versión de Rousseau del contrato social como teoría moral para resolver ambigüedades en nuestras normas jurídicas? El efecto es limitado. La voluntad general en sí misma no tiene ningún contenido normativo intrínseco. Todo lo que sabemos es que la mayoría determina la voluntad general. ¿Significa eso que siempre que exista ambigüedad en las normas jurídicas debemos resolverla mediante el principio de la mayoría? ¿Pedimos a los jueces que predigan lo que dirá la mayoría de la gente? Podemos hacerlo, pero no es una respuesta satisfactoria para la escuela procesal jurídica. Eso equivaldría a pedir a los jueces que actúen como agentes políticos, que es exactamente lo que los realistas jurídicos afirman que hacen los jueces y lo que la escuela procesal jurídica intenta refutar.

Al igual que el utilitarismo, la versión de Rousseau del contrato social tiene implicaciones en la manera en que pensamos sobre la teoría política y moral. Pero carece de contenido normativo específico, por lo que no es muy útil para juzgar cuestiones morales o políticas específicas. El enfoque de Rousseau de convertir a la mayoría del pueblo en árbitro de la voluntad general no nos ayuda mucho a juzgar cómo votar sobre cuestiones particulares. Las técnicas de Rousseau no son muy útiles para los jueces que intentan aplicar alguna teoría moral para resolver las ambigüedades de nuestras normas jurídicas.

Sin embargo, el contrato social de Rousseau afecta el análisis moral del derecho de maneras más profundas. Rousseau cambió nuestra concepción de la libertad de maneras sutiles pero importantes. La libertad no significa estar libre de restricciones; La clave está en la capacidad de gobernarse a uno mismo. Lo que se requiere es adherirse a los límites que usted mismo establece. Estas restricciones son producto de decisiones que no están influidas por preferencias o inclinaciones personales. Son producto del

razonamiento público, no afectados por las preferencias y pasiones del mundo real de los individuos.

Este concepto resuena en las conversaciones morales y políticas cotidianas. Si estamos debatiendo una cuestión política, a menudo advertimos a los participantes que se retiren de su contexto particular. Exploraremos este punto con más profundidad cuando analicemos la teoría de Rawls. Al discutir la teoría de Kant, podremos obtener una comprensión más profunda del concepto de libertad de Rousseau como obedecer los dictados de la razón y evitar la influencia de las inclinaciones personales.

Supongamos que decido, después de una cuidadosa reflexión, que quiero vivir una vida más sana y esbelta. Una forma de lograrlo es comer alimentos más saludables. Pero luego, de camino al trabajo, pasé por una panadería y el aroma de pan recién horneado llenó el aire. ¿Debo aceptar mis antojos actuales? ¿O debería "controlarme" y obedecer el juicio de la razón y comer alimentos saludables? Racionalmente, me convertiré en una persona más libre (más autónoma) si decido abstenerme de entrar en la panadería, así como Odiseo se vuelve más autónomo cuando se ata al mástil de su barco para evitar ser seducido hasta la muerte por las hechiceras.[326] ¿No sería más autónomo si planificáramos qué tipo de persona queremos ser y luego nos apegáramos a ese plan? Podemos debatir si esta versión de autonomía es más genuina que otras afirmaciones de autonomía, pero es un argumento plausible, incluso poderoso. Veremos esto más claramente en la teoría de Kant. Pero todo empezó con Rousseau.

Esta concepción de la libertad permite a Rousseau argumentar que podemos obligar a las personas a ser libres.[Nota 327] La libertad no es simplemente ceder a todos los apetitos y deseos salvajes; La libertad es vivir según las decisiones de una razón que no se ve afectada por estas inclinaciones. Podemos liberar a las personas prohibiéndoles vivir únicamente de su comida. Por supuesto, esta noción de libertad también puede ser peligrosa. La dictadura del proletariado de Lenin es un ejemplo.[Nota 328] Se argumenta que la alta presión y la coerción convertirán a la gente, después de lo cual el Estado será destruido. Sin embargo, vemos en Rousseau que algunas restricciones nos ayudan a moldearnos a nosotros mismos y a nuestra sociedad en maneras que determinamos

libremente. Las leyes, la familia y la educación nos moldean, por lo que debemos controlarlas y moldearlas. Éste es un concepto misterioso y nos lleva al mundo teórico de Kant.

Los principios morales de Kant

Kant nació en Königsberg, una ciudad universitaria en el este de Prusia, y permaneció allí la mayor parte de su vida. Cuenta la leyenda que sus vecinos podían cronometrar los paseos vespertinos de Kant. Un día no se presentó y ese día recibió el "Emile" de Rousseau. Nota 329 Si la mayor parte del discurso filosófico de Kant es en respuesta a David. David Hume Hume , pues, parece haber estado particularmente fascinado por Rousseau. Basándose en los escritos de Rousseau, Kant construyó su propia teoría del contrato social. Basándose en los argumentos de Rousseau, también abordó muchas de las deficiencias de la teoría de Rousseau.

La filosofía de Kant es más amplia y profunda que las teorías de Rousseau. De hecho, es el filósofo más profundo y misterioso de la tradición occidental. Muchas de sus obras exploran cuestiones de epistemología, es decir, cómo conocemos las cosas. Existe una visión común en la tradición occidental de que nuestro conocimiento de las cosas se limita a lo que corresponde al mundo real objetivo. Los filósofos griegos anteriores a Sócrates distinguían entre sujeto (la persona que intenta comprender el mundo) y objeto (la cosa que el sujeto intenta comprender). Kant desafió esa visión, argumentando que los humanos (sujetos) aportan ciertos conceptos a nuestra comprensión del mundo, lo que nos permite comprenderlo. Nuestros conceptos ayudan a dar forma a nuestra comprensión del mundo. A esto a veces se le llama en filosofía la revolución copernicana . revolución). Nota 330 Al igual que la teoría heliocéntrica de Copérnico, Kant volvió a poner al hombre en el centro de la filosofía.

Kant también distinguió entre el mundo "nominal" (el mundo real) y el mundo "fenoménico" (el mundo tal como lo experimentamos). Volveremos a estos conceptos más adelante. La cuestión aquí es que la teoría del contrato social de Kant es sólo una pequeña parte de su vasta contribución al pensamiento filosófico.

¿Qué pensaba entonces Kant sobre la filosofía jurídica y moral? Abordó estas cuestiones en dos obras importantes: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres y* Nota 331 y

Elementos metafísicos de *la justicia* .[Nota 332] El fundamento de la filosofía moral de Kant reside en el concepto de libertad que derivó de la libertad moral de Rousseau. Los conceptos de Rousseau se aplican a los ciudadanos de un Estado legítimo. Su libertad consiste en obedecer las leyes que ellos mismos establecen colectivamente como cuerpo legislativo supremo de la democracia directa, siempre que esas leyes expresen la voluntad general. Kant extrajo este concepto del contexto de la sociedad política y lo aplicó universalmente a toda la humanidad. Kant argumentó que toda persona racional, debido a su racionalidad, puede usar leyes para gobernar su propio comportamiento.[Nota 333] Vivir bajo tales leyes es autogobierno. Toda persona racional, en virtud del poder de la razón, tiene la capacidad de gobernarse a sí misma. Kant interpretó esta expresión de libertad como la autonomía de la voluntad.[Nota 334] Esta autonomía es la fuente del valor intrínseco o absoluto, que pertenece a todos los seres humanos, a diferencia del valor relativo de los objetos, que depende del grado de su deseo. Por tanto, Kant determinó que el primer valor es la dignidad y el segundo es el precio.[Nota 335] La autonomía de la voluntad es una expresión positiva de la libertad. Kant argumentó que tal libertad es posible porque la voluntad de un ser racional puede ser determinada únicamente por las leyes que él mismo establece. Aunque Kant sostiene que tal libertad es posible, niega que tengamos la posibilidad de experimentarla. En otras palabras, sostiene que esta formulación positiva pertenece a la libertad ontológica. Kant distingue esta libertad de la afirmación de que la voluntad no está determinada por fuerzas naturales.[Nota 336] Esta afirmación negativa es la visión tradicional del libre albedrío. Kant sigue la tradición al argumentar que podemos ser conscientes de esta libertad. En otras palabras, cree que esta libertad negativa pertenece a la expresión de la libertad fenomenal.

Al explicar la posibilidad de una base metafísica para la moral, su argumento principal es que las dos representaciones de la libertad se complementan. Kant argumentó que en el universo todo funciona según leyes.[Nota 337] Las fuerzas naturales operan según la ley de causa y efecto que determina los acontecimientos en el mundo fenoménico. Es decir, operan según las leyes de la

naturaleza. Por lo tanto, si hay algo que no está determinado por fuerzas naturales, su funcionamiento no está regulado por leyes naturales. Se rigen por leyes diferentes. Por lo tanto, si se afirma que la voluntad es libre en el sentido de que no está determinada por fuerzas naturales, entonces debe haber diferentes tipos de leyes que rijan su funcionamiento. Tales leyes son aquellas que la voluntad se da a sí misma como causa de sus operaciones. En otras palabras, la autonomía de la voluntad proviene de la libertad de la voluntad de no estar determinada por las fuerzas naturales. Por el contrario, si la voluntad es autónoma, entonces la voluntad es la causa fundamental de su funcionamiento, y su funcionamiento está regulado por las leyes que la voluntad se ha dado a sí misma. En otras palabras, su funcionamiento no está determinado por fuerzas naturales. Por lo tanto, la libertad negativa de la voluntad proviene de la autonomía de la voluntad.

Kant utilizó la libertad positiva y negativa como punto de partida de su argumento para demostrar que toda persona racional, debido a su racionalidad, puede gobernarse a sí misma de acuerdo con las leyes que establece. Esta afirmación constituye el fundamento de su filosofía moral. Kant argumentó que la acción racional es actuar de acuerdo con el concepto de libertad. Nota 338 Si una persona cree que el pensamiento y la elección son el resultado de fuerzas puramente mecánicas, no se entiende a sí misma como una persona que actúa racionalmente, ni entiende sus acciones como el resultado de elecciones racionales. Así pues, desde un punto de vista práctico, toda persona racional es libre. Desde esta perspectiva, el primer sentido en el que uno se concede la libertad que lo califica como persona racional es negativo, ya que se trata de una comprensión de la racionalidad como inmune a las fuerzas mecánicas. Pero como hay libertades positivas y negativas, los humanos, como actores racionales, también deben concederse libertades positivas. Esto significa que la autonomía de la voluntad es necesaria para ser un agente racional. A través de esta comprensión de la propia voluntad, las personas pueden entenderse a sí mismas como actores morales, actores que pueden actuar de acuerdo con las reglas que establecen.

Kant construyó su teoría moral sobre este concepto de la autonomía de la voluntad. A veces este argumento resulta

un poco elusivo, pero en líneas generales es como lo describimos arriba. Las leyes que los individuos se imponen a sí mismos en virtud de la autonomía personal son principios morales de aplicación universal. Para que estos principios sean de aplicabilidad universal, deben basarse en el valor absoluto. Sólo la voluntad de un agente autónomo tiene tal valor, por lo que estos principios exigen que cada persona sea tratada como si tuviera valor absoluto en la acción o, en términos de Kant, como un fin. Esta exigencia se expresa en la fórmula que Kant propuso para su principio moral: actuar de un modo que considere a las personas como fines en sí mismas, y no simplemente como medios, ya sea para uno mismo o para otro. Nota 339 Según Kant, el principio fundamental de la moral es el imperativo categórico . Imperativo), una fórmula comúnmente conocida como la "Fórmula de la Humanidad".

La fórmula de la naturaleza humana contiene dos instrucciones: nunca tratar a las personas como meros medios, sino tratarlas siempre como fines. Kant identificó la primera directiva como el principio de justicia. Establece las bases de un orden político legítimo. Este principio exige que las personas ejerzan su voluntad de conformidad con las leyes generalmente aplicables, con base en su libertad personal, de tal manera que todas las elecciones que libremente hacen puedan coexistir. Nota 340 En otras palabras, necesitamos reconocer que hay otros agentes autónomos en el mundo, por lo que debemos actuar como si fuéramos miembros del reino de los fines, del cual somos sólo uno entre muchos agentes autónomos. Nota 341 Debemos ejercer nuestra propia libertad como agentes autónomos, pero no debemos pisotear la libertad de los demás. Nota 342 Debemos actuar de manera que ejerzamos nuestra libertad de una manera que permita a los demás ejercer la suya en la mayor medida posible. Nota 343 Este principio sólo puede satisfacerse en una sociedad con una buena regulación (es decir, reglas jurídicas).

La deducción que hace Kant del contrato social es en general coherente con la de Rousseau, e incluso con la de Hobbes y Locke. Los individuos en el estado de naturaleza pueden estar dispuestos a renunciar a su libertad natural para garantizar una protección más segura de la vida (Hobbes) o de los derechos de propiedad (Locke); o las

personas pueden intercambiar voluntariamente su libertad natural por la libertad moral (Rousseau y Kant).

Kant continúa explicando con más detalle nuestras obligaciones morales. Si Rousseau sólo nos da la voluntad general sin especificar su contenido, Kant va más allá y muestra que nuestras obligaciones morales están regidas por el imperativo categórico. Para mostrar cómo el imperativo categórico guía nuestro razonamiento moral común, la forma en que juzgamos racionalmente nuestras obligaciones morales, Kant utiliza una fórmula diferente: la fórmula de las leyes universales . de universal ley). Esta fórmula exige que los individuos se comporten de tal manera que sus códigos de conducta, es decir, los principios que rigen sus programas de acción, sean aquellos que estén dispuestos a considerar como leyes universales. La nota 344 significa que mientras el actor esté dispuesto a que todos actúen según los mismos principios, dicha acción es moral. Esto se parece un poco a la Regla de Oro . Regla). Excluye la inconsistencia y la hipocresía.

Una acción puede violar el imperativo categórico de dos maneras diferentes. En primer lugar, si todo el mundo sigue un principio, puede resultar imposible actuar según ese principio. Nota 345 Si quiero mentir para mi propio beneficio personal, debo imaginar un mundo en el que cada uno mintiera para su propio beneficio. Pero en un mundo así, nadie creería lo que dijera otro. Bueno, en ese mundo, sería imposible para alguien mentir o engañar a alguien, y eso es exactamente lo que describe.

En otros casos, esta inconsistencia lógica no ocurre. Supongamos que quiero escupir en la acera. Quizás tenga que estar dispuesto a dejar que todos escupan en la acera. Este principio no se contradice. Incluso si todo el mundo escupe en la acera, yo todavía puedo escupir en la acera. Pero este comportamiento puede violar el imperativo categórico de otra manera. El imperativo categórico exige que, en lo que se refiere a cuestiones normativas, yo estaría feliz de que todos los demás también escupieran en la acera. Si realmente no estoy dispuesto, entonces mi comportamiento viola el imperativo categórico. Nota 346 Este criterio parecería excluir la hipocresía.

Hay muchos artículos que discuten si Kant ha dado una explicación adecuada del imperativo categórico. La nota 347 recibió críticas mixtas. Pero supongamos que Kant ha

presentado un buen argumento. ¿Qué impacto tiene esto en las preguntas que nos hemos estado haciendo? En primer lugar, es moralmente cierto que el Estado puede imponer su sistema jurídico a sus ciudadanos. Un sistema legal es necesario para proteger el mayor grado de libertad igualitaria y así satisfacer el principio de justicia. Además, Kant argumentó que la coerción en el sistema legal es compatible con nuestra libertad. Al fin y al cabo, se deriva de la autonomía de la voluntad, es decir, es una exigencia que hace nuestra razón pura en un estado libre no determinado por nuestras inclinaciones.

En segundo lugar, bajo el imperativo categórico, los individuos parecen tener la obligación absoluta de obedecer la ley. Nota 348 Para poder desobedecer la ley, un individuo debe concebir un conjunto de axiomas que esté dispuesto a aceptar como leyes universales. Pero eso significaría que cualquiera podría quebrantar la ley y el estado de derecho colapsaría. Esto es inaceptable para lograr los principios de justicia. De hecho, Kant analiza estas obligaciones extensamente en su Metafísica del derecho. Nota 349 Declaró explícitamente que los individuos tienen la obligación absoluta de obedecer la ley. Y si hay una revolución o un golpe de estado que reemplaza al gobierno, entonces los individuos también están obligados a obedecer al nuevo sistema.

Hasta ahora, la versión kantiana del contrato social supone una mejora respecto a la de Rousseau. Kant fue más allá en su discusión de la esencia de la libertad humana, que está determinada por la voluntad y no influenciada por la inclinación. Rousseau sólo mencionó el libre albedrío, pero Kant le dio una interpretación metafísica como libertad ontológica, entendiéndola como una manifestación fenoménica independiente del poder causal. El primero opera según leyes que él mismo creó; Este último opera según leyes naturales. La metafísica de Kant no es breve, pues también exige distinguir entre la sustancia de las cosas y los fenómenos de la experiencia, así como la metafísica de Platón distingue entre el mundo de las formas y el mundo de las entidades que exhiben formas. Pero el argumento de Kant apoya el hecho de que tanto él como Rousseau defienden la libertad como fundamento de la naturaleza humana. Y Kant no plantea este punto simplemente con el propósito de discutir la autonomía humana. Esto también

tuvo un impacto significativo en sus contribuciones pioneras a la teoría del conocimiento.

La versión de Kant de la teoría del contrato social mejora la teoría del contrato social de Rousseau en otro aspecto más importante. Aunque ambas versiones sostienen que las personas intercambian sus libertades naturales en el estado de naturaleza por las libertades morales que disfrutan bajo el imperio de la ley, Kant explica además el significado del imperio de la ley al explicar las leyes morales. Rousseau sólo analiza las leyes morales, es decir, las leyes de un estado propio, que están definidas por la voluntad general, pero no explica el contenido de la voluntad general. Esta teoría se basa en la afirmación arbitraria de que la voluntad mayoritaria en una república democrática es la voluntad general. Kant, por el contrario, da a la ley moral su contenido en forma de imperativo categórico. El imperativo categórico permite una mayor flexibilidad, pero también impone algunas restricciones a nuestro comportamiento.

Así que tal vez la teoría moral de Kant pueda realizar la tarea que los procedimentalistas legales le piden a la teoría moral. Quizás pueda resolver ambigüedades en las normas jurídicas. Pero aparentemente esto parece imposible. Casi todas las normas jurídicas significativas abordan juicios normativos más específicos que simplemente preguntar si nos gustaría que otros hicieran lo mismo. Para determinar si la prohibición de coches en un parque se aplica a las bicicletas, necesitamos saber si la norma estuvo motivada más por preocupaciones medioambientales que por preocupaciones de seguridad. No basta con preguntarnos si estaríamos dispuestos a dejar que otros monten sus bicicletas en el parque. Si el utilitarismo debe depender de conclusiones analíticas cuyas consecuencias empíricas son inciertas, entonces el imperativo categórico está abierto a varias posibilidades.

Hay un problema más profundo. ¿Qué significa que debo actuar según un principio que estoy dispuesto a hacer generalmente aplicable? ¿Significa eso que estoy dispuesto a que los demás actúen según ese principio? Supongamos que quiero comer en un determinado restaurante esta noche. Porque no quiero que esto se convierta en una ley universal, ¿eso lo hace inmoral? Si todos en el mundo estuvieran comiendo en ese restaurante esta noche, yo no podría entrar a ese restaurante esta noche. Quiero ser abogado. Quiero casarme con Kim. Si todo el mundo hiciera

eso yo no podría hacerlo. Ciertamente Kant no tenía intención de condenar ningún comportamiento de ese tipo.

La respuesta puede ser que tengo que ser más cuidadoso al diseñar los principios según los cuales actúo. Voy a comer en un restaurante esta noche, siempre que no haya mucha gente. Ahora me gustaría que todos actuaran según ese principio. De hecho es posible para mí hacer eso, por lo que mi acción no viola el imperativo categórico.

El problema es que esta respuesta es exagerada. Supongamos que quiero robar un banco. Si no quisiera vivir en un mundo donde todos robaran bancos, parecería reacio a convertir mi código de conducta en una ley universal. Pero supongamos que mi regla es simplemente quedarme con Bill. Bowers roba un banco. Probablemente me gustaría que todos actuaran según ese código. O supongamos que no quiero pagar impuestos. Tal vez estaría dispuesto a que todos actuaran según el principio de que los profesores de derecho no tienen que pagar impuestos. Hay muchos otros escenarios hipotéticos posibles.

Los resultados de la aplicación del imperativo categórico dependen del grado de especificidad del criterio. Tomando el ejemplo de mi decisión de comer en un restaurante, parece razonable establecer criterios más específicos. Esto parece necesario para hacer compatible el imperativo categórico con nuestro sentido común. Al mismo tiempo, si las directrices simplemente dijeran que Bowers podía robar bancos o que los profesores de derecho no tenían que pagar impuestos, eso parecería "hacer trampa". Pero en la teoría de Kant no está claro qué principios son aceptables y cuáles no. Intuitivamente, podemos distinguir entre comer en un restaurante y robar un banco, pero eso se debe a que hacemos juicios morales sobre estas diferentes formas de comportamiento. Debemos hacer juicios morales como requisito previo para aplicar el imperativo categórico, pero los juicios morales son el papel que debe desempeñar el imperativo categórico. Si tenemos que hacer juicios morales para aplicar una regla que se supone debe darnos una respuesta, entonces la teoría no está haciendo lo que se supone que debe hacer.

No deberíamos ser demasiado duros con el imperativo categórico. Una razón por la que el utilitarismo es tan vago es que depende de evaluaciones empíricas de resultados inciertos. Sin embargo, el utilitarismo ayuda a enmarcar nuestro análisis moral. No da respuestas definitivas, pero establece reglas básicas sobre las que basar el debate. De

manera similar, el imperativo categórico plantea una pregunta moral muy poderosa: ¿Te gustaría que todos los demás actuaran según los mismos principios? La respuesta es que hay espacio para la manipulación, pero aún así tiene un gran impacto en cómo pensamos sobre cuestiones morales. Aun así, el imperativo categórico de Kant no parece ser capaz de desempeñar el papel que los estudiosos de la escuela de procedimiento jurídico esperaban, que es resolver la ambigüedad de las normas jurídicas. A primera vista, parece más probable que la teoría de Rawls tenga ese efecto.

Los principios de justicia de John Rawls

John Rawls publicó Una teoría de la justicia en 1971. Nota 350 Propuso una teoría basada en Rousseau y Kant. La teoría también incorpora elementos de la tradición utilitarista, así como ideas de la economía y la teoría de juegos. Mientras Fuller y Hart desarrollaban sus teorías de jurisprudencia en la Facultad de Derecho de Harvard, Rawls enseñaba en el departamento de filosofía de Harvard. Los tres estaban interesados en defender los principios morales como producto del debido proceso.

El argumento de Rawls tiene dos ejes principales. Una de ellas es desarrollar principios de justicia que se ajusten a nuestros juicios morales individuales intuitivos, un poco como un matemático que elige la ecuación que mejor representa una colección de puntos en un gráfico. Podría ser una línea recta, una curva sinusoidal o una parábola. Pero luego nos dimos cuenta de que los puntos del gráfico no encajaban del todo en la fórmula. Así que reexaminamos nuestras intuiciones morales individuales en relación con los principios que las explican. O podemos cambiar los principios sobre la base de que no se alinean con nuestros juicios morales. Rawls llamó a este proceso " equilibrio reflexivo " . equilibrio). Nota 351 Continuaremos este proceso hasta encontrar la mejor combinación de principios morales y juicios morales.

Los profesionales del derecho deben estar familiarizados con esta metodología. Este es el proceso por el que pasan los estudiantes de derecho en sus clases de primer año. A través de una serie de hipótesis y el método socrático, identificamos principios que pueden explicar los resultados del caso. Los principios mismos pueden hacer que reevaluemos los juicios individuales, y los juicios

individuales pueden hacer que reevaluemos la validez de los principios. Éste es el método de la casuística .

El segundo argumento de Rawls se basa en la teoría del contrato social de Rousseau y Kant. En la "posición original " ¿Qué principios de justicia aceptarían las personas en esta posición ? Nota 352 La posición original corresponde a la visión de Rousseau de la soberanía en el estado legítimo, o a la visión de Kant del reino de los fines. Los individuos en la posición original adoptan libremente teorías de justicia para gobernar los acuerdos sociales en el mundo real. Utilizan la razón imparcial para llegar a un consenso sobre estos principios. Pero Rawls no aísla a todos en la posición original de saber algo acerca del mundo real . Saben que las personas que viven en el mundo real tienen distintos deseos y necesidades. Hacen planificación de carrera. Saben que hay suficientes bienes para que todos puedan conseguir lo que quieren y que la escasez de recursos no es un problema grave que los obligue a luchar entre sí para sobrevivir. Conocían ciertos hechos básicos sobre la biología y la psicología humana. Pero no saben cómo será su vida individual. No son conscientes de su género, de sus características físicas y de otros rasgos que pueden influir en sus deseos y necesidades específicas. Nota 353 Aquellos en la posición original deliberan detrás del "velo de la ignorancia". 354 Tienen conocimientos suficientes sobre el mundo para el cual quieren establecer principios de justicia, pero ignoran otras informaciones que les harían tomar decisiones sesgadas de manera inapropiada.

Rawls luego pasa a explicar de manera larga y compleja la decisión del individuo en la posición original. Se basa en la teoría económica, la teoría de juegos y otras perspectivas psicológicas y sociológicas para argumentar que los individuos en la posición original adoptarán dos principios de justicia. Nota 355 Las personas en la posición original pueden ser conservadoras y preferir mantener la flexibilidad para el futuro. Como no saben qué planes profesionales específicos tendrán, prefieren dejarse espacio para varias opciones. Hay una manera de hacerlo y es incluir la libertad en los principios de la justicia. Se preocupan por la desigualdad porque no saben de qué lado estarán. No tolerarán la desigualdad de género porque no saben qué género serán. Dentro de estos límites, tienden a ser más utilitarios. Así que eligen la libertad, la igualdad y la eficiencia.

Más precisamente, los individuos en la posición original adoptan los siguientes dos principios de justicia. Nota 356 En primer lugar, todos deben tener el mismo derecho a la gama más amplia de libertades básicas compatibles con la libertad de los demás. Éste es el "principio de la mayor libertad igualitaria". Esto es muy similar al principio de justicia de Kant. Este principio viene antes del segundo principio. Rawls quiere decir que el primer principio debe satisfacerse antes de poder aplicar el segundo principio. Nota 357

Una vez cumplido el primer principio, el segundo principio estipula que las desigualdades sociales y económicas sólo son permisibles si se cumplen dos condiciones al mismo tiempo: primero, se puede esperar razonablemente que dichas desigualdades beneficien a todos; y, en segundo lugar, están vinculados a puestos a los que todos tienen la oportunidad de aspirar. Estas dos condiciones tienen diferentes interpretaciones. La interpretación preferida de Rawls de la segunda condición es el principio de "justa igualdad de oportunidades" (el principio de justo igualdad de Oportunidad), es decir, la cualificación para obtener un determinado puesto no sólo debe estar libre de obstáculos legales, sino que además no debe tener ventajas o desventajas derivadas del entorno social personal. Nota 358 La interpretación preferida de Rawls de la primera condición es el principio de diferencia, que establece que la desigualdad debería existir sólo en la medida en que dicha desigualdad realmente ayude a promover el mayor bienestar de aquellos que están desfavorecidos por la desigualdad. Nota 359 Si el método de distribución igualitaria otorga a cada uno 10 yuanes, mientras que el método de distribución desigual otorga a la mayoría de las personas 50 yuanes pero la persona más desfavorecida todavía puede obtener 12 yuanes, entonces se debe elegir este último método de distribución. Aquellos que reciben el peor trato deben poder obtener mejores resultados. Si un método de distribución desigual otorga a la mayoría de la gente 100 yuanes pero a la gente más desfavorecida 9 yuanes, este mecanismo debería ser rechazado. El argumento de Rawls es que las personas en la posición original no se quejarían de métodos desiguales si resultaran en mejores resultados para todos. No sabrán qué distribución obtendrán, pero al menos saben que obtendrán un mejor resultado pase lo que pase.

De manera similar, estos dos principios de justicia tienen una secuencia. Los acuerdos sociales no pueden intercambiar las libertades básicas garantizadas por el primer principio por los beneficios económicos garantizados por el segundo principio. Aunque Zhu360 puede beneficiar económicamente a todos, sigue siendo injusto restringir la libertad de expresión. (Es decir, los individuos pueden intercambiar libremente para obtener beneficios económicos, como por ejemplo celebrar contratos; pero las reglas sociales no pueden hacerlo). Si los indicadores en los que se basa el método de distribución desigual no se basan en el principio de igualdad de oportunidades justa para dar "a todos una oportunidad", entonces, incluso si la distribución desigual permite que todos obtengan un mejor resultado, no está permitida. Nota 361 Esta declaración refleja nuestro disgusto por la discriminación racial y de género.

Rawls no explica si los conceptos centrales detrás del Principio de Diferencia también se aplican al primer principio de justicia. Si una distribución desigual de la libertad otorga a los grupos desfavorecidos más libertad que una distribución igualitaria, ¿es permisible? Es claro que la libertad no se puede intercambiar por ganancias económicas, pero es menos claro por qué Rawls prefiere el igualitarismo estricto con respecto a la libertad pero no con respecto a los acuerdos económicos.

Antes de aplicar estos principios a situaciones específicas, es importante señalar que Rawls, Rousseau y Kant difieren de los utilitaristas en un aspecto importante. Tanto Rousseau como Kant conceden valor a la libertad. En el pensamiento de Rousseau, el concepto de igualdad sólo aparece cuando la mayoría representa la voluntad general; Todos tienen el mismo voto. Para Kant, la igualdad surge sólo en los principios de justicia; Nuestras elecciones libres deben coexistir con la libertad que todas las personas disfrutan bajo leyes generalmente aplicables, lo que implica que, bajo un orden jurídico justo, todos tienen el mismo derecho a afirmar su libertad. No está claro por qué es así, pero tiende a ser igualitario. Pero el valor dominante en las teorías de Rousseau y Kant es la libertad moral. Para el utilitarista, el único valor intrínseco es la felicidad humana; La igualdad y la libertad no tienen pretensiones morales independientes. La igualdad y los valores son importantes sólo en la medida en que contribuyen accidentalmente a la felicidad.

Para Rawls, los dos principios de justicia reflejan fundamentalmente nuestras creencias en la libertad, la igualdad y la felicidad (bienes materiales). Esto es importante para el equilibrio reflexivo porque en la conversación cotidiana escuchamos llamados a la libertad, la igualdad y la felicidad. Al incorporar estas demandas a los principios de justicia, Rawls puede entonces argumentar que estos principios juegan un papel positivo legítimo, reflejando los valores morales de Occidente del siglo XX. Rawls vivió en un mundo pluralista. Él propone una fórmula para clasificar estos valores en competencia, y en su teoría no necesitamos preocuparnos por cómo explicar la relación entre estos valores. Al menos reconoce el valor de la diversidad. Esto implica que es politeísta y no monoteísta. Volveremos a este punto más adelante, cuando sea el momento adecuado.

Los dos principios de justicia de Rawls se aplican a los acuerdos sociales. ¿Qué obligaciones morales tienen los individuos? Rawls distingue entre " deber" moral y " responsabilidad " . La responsabilidad se asume en razón de un puesto o acuerdo que un individuo acepta voluntariamente.[Nota 362] La persona que voluntariamente se convierte en juez y acepta los beneficios del cargo asumirá las responsabilidades que éste impone. Si no aceptamos un puesto o un arreglo voluntariamente, no tenemos responsabilidades, pero sí tenemos obligaciones morales. Tenemos la obligación moral de no dañar a los demás y, en base a nuestro juicio sobre los dos principios de justicia, también tenemos la obligación moral de apoyar mecanismos sociales razonables y justos.[Nota 363]

Rawls hizo algunos avances al discutir las intuiciones morales. La mayoría de nosotros estamos de acuerdo en que si aceptamos voluntariamente un puesto o una asignación, tenemos responsabilidades especiales. Más allá de eso, tenemos obligaciones morales, pero aceptar voluntariamente un puesto añade más peso moral. Tengo obligaciones morales hacia mis vecinos, pero tengo responsabilidades morales especiales hacia los estudiantes a quienes me ofrezco voluntariamente para enseñar.

¿Tiene entonces el Estado el derecho moral de coaccionar a sus ciudadanos? Según dos principios de justicia, esto es cierto. Mientras el Estado promulgue leyes que sigan razonablemente los dos principios de justicia, cumplirá con los dictados de la moralidad. Además, la ley

misma tiene por objeto proteger nuestra libertad de acuerdo con los requisitos del primer principio de justicia.

Las personas en la posición original eligen principios de justicia como normas para las instituciones políticas, económicas y sociales importantes de su sociedad. Estos principios son, por tanto, el fundamento de un orden jurídico justo y, por lo tanto, las leyes que privan a las personas de sus derechos y libertades fundamentales son injustas. También es injusto aprobar leyes que exijan discriminación por raza o sexo porque esas leyes confieren un trato desigual en puestos que no están abiertos a todos. También es injusto que los beneficios gubernamentales se distribuyan de forma desigual y los desfavorecidos no obtengan mejores resultados que los que obtendrían si se distribuyeran de forma igualitaria. Por lo tanto, la capacidad del Estado para exigir a sus ciudadanos que cumplan sus obligaciones depende principalmente del contenido del sistema jurídico. Sin embargo, siempre que sea razonablemente justo, basándose en los dos principios de justicia, es legítimo que el Estado implemente el sistema legal.

¿Qué obligaciones morales tienen los individuos con respecto a obedecer la ley? Siempre que se considere que el sistema jurídico es razonable y justo sobre la base de los dos principios de justicia, los individuos tienen la obligación moral de apoyarlo. Algunas personas, como los jueces, los policías y los abogados, también tienen deberes específicos de seguir las reglas del sistema legal.

Algunos podrían adoptar un enfoque micro y afirmar que una ley es injusta basándose en dos principios de justicia. Algunas personas podrían afirmar que no existe una obligación moral de obedecer una ley particular que viole dos principios de justicia, y aún podría ser el caso que leyes individuales violen principios de justicia incluso si el individuo todavía apoya el sistema legal general. La desobediencia civil, de la que también hablamos al hablar del utilitarismo, puede caer en este enfoque.

Esto nos lleva de nuevo a la pregunta que planteamos al principio de nuestro análisis de la teoría moral: ¿pueden los dos principios de justicia de Rawls resolver el problema que la escuela procesal jurídica espera resolver con respecto a la ambigüedad de las normas jurídicas? Los dos principios de justicia de Rawls parecen contener más contenido que la voluntad general de Rousseau o el imperativo categórico de Kant. Además, los dos principios de justicia de Rawls no

parecen dar lugar a muchos problemas empíricos que afecten la eficacia de la teoría como el utilitarismo. (Aún existen algunos problemas, por ejemplo, si las situaciones desiguales realmente benefician a los menos favorecidos. Pero no es un problema tan extendido como el del utilitarismo.)

El velo de ignorancia de Rawls también supuso una mejora respecto del imperativo categórico de Kant. El imperativo categórico exige únicamente que el individuo actúe según la máxima que está dispuesto a convertir en ley universal. Si se pueden desarrollar directrices suficientemente específicas, casi cualquier acción puede justificarse. El velo de la ignorancia puede limitar esta situación. Si le pedimos a un actor que establezca sus normas, pero no sabe dónde se ubicará en el mundo de normas que crea, tendrá cuidado de no establecer normas demasiado sutiles. Si no sé si soy un hombre o un abogado, ¿realmente quiero que todos actúen según la regla de que los hombres o los abogados reciben un trato preferencial especial?

Sin embargo, los resultados muestran que los dos principios de justicia de Rawls no pueden hacer más para proporcionar respuestas definitivas que llenen los vacíos en las normas jurídicas vagas. Consideremos el segundo principio de justicia. Se requiere, en primer lugar, una distribución igualitaria de bienes y servicios, a menos que algún enfoque desigual sea compatible con el principio de diferencia. Pero ¿cuál es el enfoque igualitario? Como todos sabemos, Peter. Peter Weston Westen , en El concepto vacío de igualdad Vacío Idea de Igualdad Obsérvese que la igualdad por sí sola no puede proporcionar una respuesta al problema que el concepto pretende abordar.

Imaginemos una estructura salarial en la que los altos ejecutivos pudieran ganar varias veces más que los trabajadores. Si esto es desigualdad, entonces sólo es permisible si este método de distribución realmente da a los trabajadores mejores resultados que un sistema de distribución igualitaria. Tal vez una gestión más inteligente podría crear más ganancias y trasladar los beneficios a los trabajadores. Pero tal vez no. Entonces, ¿qué significa igualdad salarial? ¿Eso significa que a todos se les paga lo mismo? ¿O es igual el salario por hora? ¿Mismo esfuerzo, mismo salario? ¿O existe la misma recompensa por unidad de producción? ¿O existen los mismos derechos para

participar en un proceso de mercado negociado voluntario? Primero debemos llegar a un consenso sobre los estándares sustantivos para medir la igualdad; de lo contrario no habrá forma de saber si un mecanismo viola el principio de igualdad. Pero para llegar a ese consenso, primero debemos responder la pregunta moral fundamental que el segundo principio de justicia pretende responder. Así que, para aplicar el segundo principio de justicia, primero debemos determinar la cuestión moral desde el principio. El segundo principio de justicia no sólo es vago, sino que además no responde a la pregunta fundamental que fue diseñado para responder.

¿Por qué la estructura salarial hipotética antes mencionada se rige por el segundo principio de justicia? ¿Por qué no se rige por el primer principio? ¿Por qué no se trata aquí de una cuestión de libertad, de distribución de bienes? Los trabajadores que reciben salarios altos simplemente negocian salarios más altos a través de un sistema de contratos de mercado voluntarios. Los oponentes dirán que los mercados están distorsionados, pero ésa es la pregunta fundamental de la moralidad social que esperamos que las teorías de la justicia respondan. Ésta es la pregunta que debemos responder antes de aplicar los principios de justicia mismos.

Quizás el velo de la ignorancia ayude. ¿Qué respuestas obtendríamos si pudiéramos plantear la cuestión de la estructura salarial detrás del velo de la ignorancia en nuestra posición original? Podríamos argumentar que las personas en la posición original elegirían la igualdad para todos. La igualdad de producción unitaria o el nivel de esfuerzo pueden recompensar a quienes crean esos resultados. Porque las personas detrás del velo de la ignorancia no conocen su género, no saben si son talentosas o trabajadoras. Existe una estrategia para tomar decisiones en situaciones inciertas, que Rawls prefiere. La gente querrá protegerse del peor resultado posible. Este es el llamado "maximin". estrategia): Al tomar una decisión sin conocer las consecuencias de tomar diferentes opciones, elija la opción que sea mejor que las demás incluso si se obtiene el peor resultado. Nota 365 La igualdad per cápita encajaría en esta estrategia porque la gente se preocupa de que puedan ser incompetentes o perezosos.

Pero no funciona. Por una parte, un resultado de este tipo no se ajusta a nuestras intuiciones morales habituales

en condiciones de equilibrio reflexivo. Es cierto que algunas personas abogan por una distribución completamente igualitaria de los bienes, independientemente del trabajo; Pero la mayoría de la gente al menos querría recompensar el esfuerzo y el trabajo duro. Pero desde un punto de vista básico, la tendencia a trabajar duro es como cualquier otro rasgo que no podemos conocer de antemano.

Además, hay muchas otras circunstancias en las que este enfoque podría producir resultados que Rawls no querría. ¿Qué opinas del sistema legal que castiga a los criminales? ¿Por qué no se prohíbe entonces, mediante el segundo principio de justicia, una distribución desigual de los bienes? La respuesta intuitiva es que el sistema no constituye desigualdad; Todos reciben el mismo trato bajo las reglas que prohíben la conducta criminal. Pero ¿por qué la tendencia criminal no es una de esas propiedades acerca de las cuales no sabemos nada en la posición original? Es cierto que el sistema jurídico penal mejora la vida de la gente común al establecer el orden y proteger nuestras libertades, pero eso no puede mejorar la vida de los criminales. Así, las personas en la posición original, si siguen la "estrategia del mayor interés para los más vulnerables", resistirán la posibilidad de convertirse en criminales.

establecer los principios de la justicia en la posición original . No está destinado a ser utilizado en el mundo real para aplicar principios de justicia. Con o sin velo de ignorancia, debemos encontrar formas de distinguir entre las reglas que discriminan en función del delito y las que discriminan en función del género. Obviamente, las distinciones basadas en el sexo son peores que las distinciones basadas en el crimen, pero los principios de justicia por sí solos no pueden decirnos esto. Incluso debemos aplicar los juicios morales existentes sobre el crimen y el género antes de poder aplicar los dos principios de justicia.

Los dos principios de justicia de Rawls parecen ser tan inadecuados para la tarea asignada a la teoría moral procesal jurídica como el utilitarismo, la voluntad general de Rousseau y el imperativo categórico de Kant. Tan pronto como exploremos las creencias morales más profundamente, descubriremos que esas teorías son simplemente incapaces de resolver la ambigüedad de las normas jurídicas.

No es necesario exagerar estas cuestiones. De hecho, cuando exploramos las creencias morales más profundamente, descubrimos que estas teorías morales son fundamentalmente inciertas. Plantean las preguntas morales sobre las normas de nuestra sociedad que esperamos que respondan. Pero esto no significa que la escuela procesal del derecho no haya hecho avances significativos en la comprensión de la forma de realizar el análisis jurídico. Cuando nos encontramos con una ley, digamos que prohíbe el ingreso de vehículos a un parque, aún podemos examinar el propósito directo de la ley para resolver ciertas ambigüedades. Es difícil imaginar que alguna legislación tenga como objetivo mantener los cochecitos de bebé fuera de los parques. La prohibición de las bicicletas depende de si el objetivo de la legislación es atender consideraciones medioambientales o de seguridad. Quizás no quede claro en el texto legislativo, pero es evidente.

Este análisis de propósito puede ser aplicable en muchas situaciones. De modo que la escuela jurídica procesal proporciona una herramienta para resolver ambigüedades aparentes en una variedad de casos. En otras palabras, nuestro sistema jurídico no es tan ambiguo como afirman los realistas jurídicos. En muchos casos, si no en todos, hay un enfoque interpretativo que no es literalista, como sugiere King, ni puramente instrumental, como sugiere Handy. En muchos casos, ese es el punto intermedio que tal vez adoptarían todos los jueces, es decir, jueces que no sean ni meros peones ni auténticos formuladores de políticas. Ejercen su juicio pero aún defienden una postura pasiva respecto del valor de las normas legislativas.

La escuela de procedimiento jurídico no puede proponer una metodología que permita a los jueces eludir el trabajo legislativo haciendo referencia únicamente al propósito moral del sistema jurídico. Aún así, estas teorías morales siguen siendo útiles. No siempre proporcionan respuestas definitivas, pero son de gran utilidad para un debate reflexivo. Los dos principios de Rawls no pueden decirnos si el género y el crimen son indicadores moralmente distintos de distinción, pero una vez que hacemos ese juicio , el concepto de igualdad es realmente muy poderoso. El imperativo categórico de Kant puede ser indeterminado, pero aun así es instructivo si nos preguntamos: "¿Qué pasaría si todos hicieran eso?". El utilitarismo todavía apunta a la preocupación por el bienestar general.

Es más, no importa de qué tipo de pirámide de propósitos se trate, no parece haber un único "punto" sobre el cual apoyarse.

Nota 282 : RAWLS, UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA, 24–25 y 404–07.

Nota 283 : *Id.* en 27–33 y 446–52.

Nota 284 : JEREMY BENTHAM, UNA INTRODUCCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA MORAL Y LA LEGISLACIÓN (JH Burns y HLA Hart eds., Methuen & Co. 1982 [1789]).

Nota 285 : J. S. MILL, UTILITARISMO (George Sher ed., Hackett Publishing Co. 1979 [1863]).

Nota 286 : Muchos utilitaristas modernos siguen la idea de Bentham de que debe tenerse en cuenta la felicidad de todos los animales que son capaces de experimentar placer y dolor. (Nota del editor)

Capítulo 287 : *Véase, por ejemplo* , DAVID LYONS, FORMAS Y LÍMITES DEL UTILITARISMO (Oxford Univ. Press 1965); JJC SMART y BERNARD WILLIAMS, UTILITARISMO: A FAVOR Y EN CONTRA (Cambridge Univ. Press 1973); AMARTYA SEN y BERNARD WILLIAMS EDS., UTILITARISMO Y MÁS ALLÁ (Cambridge Univ. Press 1982); DONALD REGAN, UTILITARISMO Y COOPERACIÓN (Oxford Univ. Press 1980).

Capítulo 288 : *Véase* JAMES GRIFFIN, BIENESTAR: SU SIGNIFICADO, MEDICIÓN E IMPORTANCIA MORAL (Oxford Univ. Press 1986).

註289 : JS MILL, UTILITARISMO.

Libro 290 : JS MILL, SOBRE LA LIBERTAD (E. Rappaport ed., Hackett Publishing Co. 1978 [1859]).

Capítulo 291 : Poderes, *Aspectos Estructurales del Impacto de la Ley* , 1276.

Capítulo 292 : *Id.*

Español: Capítulo 293 : WS JEVONS, LA TEORÍA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA (Macmillan 4ª ed. rpt. 1924 [1871]); Lionel Robbins, *Comparaciones interpersonales de utilidad: un comentario* , 68 Econ. J. 635 (1938); IMD LITTLE, UNA CRÍTICA DE LA ECONOMÍA DEL BIENESTAR (Oxford Univ. Press 2ª ed. 1957); Robert Nozick, *Teoría de la utilidad interpersonal* , 2 Social Choice and Welfare 161 (1985); Marc Fleurbaey y Peter Hammond, *Utilidad interpersonalmente comparable* , en 2 MANUAL DE TEORÍA DE LA UTILIDAD 1181 (S. Barbera, PJ Hammond y C. Seidl eds., Kluwer Acad. Pub. 1998).

294 JME MCTAGGART, LA NATURALEZA DE LA EXISTENCIA, VOLUMEN 2 (Cambridge Univ. Press 1927) §870. Para un tratamiento más reciente, *véase* ROGER CRISP, REASONS AND THE GOOD (Oxford Univ. Press 2006), 112.

Nota 295 : Judith Jarvis Thomson, The *Trolley Problem* , 94 Yale LJ 1395, 1985. La idea de usar un hipotético tranvía desbocado para probar cómo la gente juzga intuitivamente qué actos de matar son permisibles y cuáles no es un concepto que se originó con Philippa. Vado (Philippa Foot). Véase su libro *Aborto y la doctrina del doble efecto* , 5 Oxford Rev. 5, 1967. (Nota del editor)

Nota 296 : Poderes, *Aspectos Estructurales del Impacto de la Ley* ; Liam B. Murphy, Demandas morales en la teoría no ideal (Oxford Univ. Press 2000).
Libro 297 : RICHARD BRANDT, UNA TEORÍA DE LO CORRECTO Y LO BUENO (Clarendon Press 1979), 286–305; BRAD HOOKER, CÓDIGO IDEAL, MUNDO REAL: UNA TEORÍA CONSECUENCIALISTA DE LA MORALIDAD (Oxford Univ. Press 2000).
註298 : HOBBES, LEVIATÁN, 89.
Capítulo 299 : Poderes, *Aspectos Estructurales del Impacto de la Ley* , 1263.
Capítulo 300 : *Id.* en 1291.
Id. 301 : *Id.* en 1297.
Id. 302 : *Id.* en 1265.
Id. 303 : *Id.* en 1278.
Libro 304 : HENRY DAVID THOREAU, WALDEN Y "LA DESOBEDIENCIA CIVIL" 222–40 (New American Library 1960 [1949]).
Libro 305 : RAWLS, UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA, 363–68.
Libro 306 : Jules L. Coleman, *Eficiencia, utilidad y maximización de la riqueza* , 8 HOFSTRA L. REV. 521 (1979).
Libro 307 : Herbert Simon, *Teorías de la toma de decisiones en economía y ciencias del comportamiento* , 49 AM. ECON. REV. 1–28 (1979); Richard Thaler, MISBEHAVING (WW Norton 2015).
Capítulo 308 : HOBBES, LEVIATHAN.
Capítulo 309 : LOCKE, SEGUNDO TRATADO DEL GOBIERNO.
註310 : HOBBES, LEVIATÁN, 86–90.
311 : THOMAS HOBBES, SOBRE EL CIUDADANO 12 (Richard Tuck y Michael Silverthorne eds. Cambridge Univ. Press 1997) ("Bellum omnium contra omnes").
Libro 312 : LOCKE, SEGUNDO TRATADO DEL GOBIERNO, 65–66.
Libro 313 : ROUSSEAU, EL CONTRATO SOCIAL Y LOS DISCURSOS.
Libro 314 : *Id.* en 3–4.
Capítulo 315 : JEAN-JACQUES ROUSSEAU, JULIE, O LA NUEVA HELÓÍSA: CARTAS DE DOS AMANTES QUE VIVEN EN UN PEQUEÑO PUEBLO AL PIE DE LOS ALPES 5–22 (Roger D. Masters y Christopher Kelly eds., Phillip Stewart y Jean Vache trad., Dartmouth College 1997 [1761]).
Capítulo 316 : ROUSSEAU, EMILE O LA EDUCACIÓN.
Libro 317 : LOCKE, SEGUNDO TRATADO DEL GOBIERNO, 46–47.
Nota 318 : Rousseau, EL CONTRATO SOCIAL, 19.
Nota 319 : *Id.*
Nota 320 : *Id.* a los 15.
Nota 321 : *Id.* a las 35–36.
Nota 322 : *Id.* en 54–56.
Nota 323 : *Id.* a los 55 años.
Nota 324 : *Id.* a los 63 años.
Nota 325 : *Id.* a los 13–14 años.

Nota 326 : HOMERO, LA ODISEA DE HOMERO 189–90 (trad. de Richard Lattimore, Harper & Row 1965).
Libro 327 : ROUSSEAU, EL CONTRATO SOCIAL a los 18.
Libro 328 : LENIN, EL ESTADO Y LA REVOLUCIÓN.
Libro 329 : BERTRAND RUSSELL, HISTORIA DE LA FILOSOFÍA OCCIDENTAL 678 (George Allen & Unwin 1946).
Libro 330 : IMMANUEL KANT, CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA 110–11 (Paul Guyer y Allan W. Wood, eds. y trad., Cambridge Univ. Press 1998).
Libro 331 : IMMANUEL KANT, FUNDAMENTO DE LA METAFÍSICA DE LA MORAL (trad. de H. J. Paton, Harper & Row 1964).
Capítulo 332 : IMMANUEL KANT, LOS ELEMENTOS METAFÍSICOS DE LA JUSTICIA (trad. de John Ladd, Bobbs-Merrill 1965).
Libro 333 : KANT, FUNDAMENTO DE LA METAFÍSICA DE LA MORAL, 98–99.
Id . en 100.
Nota 335 : *Id.* a los 102 años.
Nota 336 : *Id.* a las 114.
Nota 337 : *Id.* a los 80.
Nota 338 : *Id.* a las 115–16.
Nota 339 : *Id.* a los 96 años.
Nota 340 : KANT, ELEMENTOS METAFÍSICOS DE LA JUSTICIA, 35.
Nota 341 : KANT, FUNDAMENTO DE LA METAFÍSICA DE LA MORAL, 100–01.
Nota 342 : KANT, ELEMENTOS METAFÍSICOS DE LA JUSTICIA, 43–44.
Nota 343 : *Id.* a los 35 años.
Libro 344 : KANT, FUNDAMENTO DE LA METAFÍSICA DE LA MORAL, 88.
Id . en 91.
Figura 346 : *Id.*
Español: Capítulo 347 : *Véase, por ejemplo* , ONORA NELL (O'NEILL), ACTUANDO SOBRE PRINCIPIOS: UN ENSAYO SOBRE LA ÉTICA KANTIANA (Columbia Univ. Press 1975); BRUCE AUNE, LA TEORÍA DE LA MORAL DE KANT (Princeton Univ. Press 1979); MARCIA BARON, ÉTICA KANTIANA CASI SIN DISCULPAS (Cornell Univ. Press 1995); CHRISTINE KORS-GAARD, CREANDO EL REINO DE LOS FINES (Cambridge Univ. Press 1996).
Libro 348 : KANT, ELEMENTOS METAFÍSICOS DE LA JUSTICIA, 76.
Libro 349 : *Id.* en 78–80.
Capítulo 350 : RAWLS, UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA.
351 : *Id.* entre 48 y 50 años.
352 : *Id.* a las 17–22.
353 *Ídem.* a las 137.
354 : *Id.* a las 12.
355 : *Id.* en 150–61.
356 : *Id.* a los 60–61.
357 : *Id.* en 42–43.
358 : *Id.* a las 83–90.

359 : *Id.* entre 75 y 80 años.
Nota 360 : *Id.* a los 61 años.
Nota 361 : *Id.*
Nota 362 : *Id.* a las 113.
Nota 363 : *Id.* a las 115–16.
364 Peter Westen, *La idea vacía de la igualdad* , 95 HARV. L. REV. 537, 537–96 (1982).
Nota 365 : Rawls, UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA, 152–56.

Capítulo 8

Diversas escuelas de pensamiento: estudios jurídicos críticos y teoría jurídica posmoderna

Los realistas jurídicos creen que las normas jurídicas a menudo parecen vagas y poco claras. Los jueces resuelven estas ambigüedades añadiendo sus propias opiniones o preferencias políticas, lo que ha llevado a la crítica de que los jueces actúan como legisladores. La escuela procesal jurídica responde resolviendo estas ambigüedades haciendo referencia al propósito o incluso a creencias morales compartidas. La ambigüedad de la palabra "vehículo" en una ley que prohíbe el ingreso de vehículos a un parque se puede resolver examinando el propósito de la legislación: ¿es reducir la contaminación o crear un ambiente seguro para los niños? Pero cuando profundizamos en las teorías morales, como el utilitarismo y varias versiones de la teoría del contrato social, descubrimos que las teorías morales en sí mismas tienen ambigüedades irresolubles.

Este tipo de crítica continuó hasta finales del siglo XX. Un punto de inflexión importante se produjo durante el período del posmodernismo y los estudios jurídicos críticos. Estos movimientos desafían más que sólo teorías morales o políticas específicas. Ponen en cuestión cualquier teoría de interpretación textual o material. El concepto básico de la teoría posmoderna es que la interpretación de cualquier texto depende de la ideología existente del lector. Este argumento es válido para textos literarios, valores culturales, teorías morales, materiales históricos y, lo más importante en nuestro análisis, materiales jurídicos como estatutos y casos.

El movimiento de estudios jurídicos críticos tiene una clara inclinación política. Tiene su origen en el movimiento político de los años 1960. Casi todos los miembros del movimiento de estudios jurídicos críticos son políticamente de izquierda. Esto ha llevado a que la derecha y el centro lo rechacen sin pensar profundamente en sus argumentos legales. Los académicos que critican el movimiento a

menudo se burlan de él. A veces afirman que los estudios jurídicos críticos sostienen que las leyes u otros textos no tienen sentido, o incluso que todo en el mundo real es una construcción social. Muchas personas en la comunidad jurídica tienen una visión demasiado simplificada del posmodernismo y de los estudios jurídicos críticos, y son fácilmente ridiculizadas y rechazadas. Esto está mal. Líderes del movimiento de estudios jurídicos críticos, como Duncan. Duncan Kennedy Kennedy) y Jack. Jack Barkin La comprensión del derecho y la interpretación jurídica de Balkin son extremadamente perspicaces. No es necesario aceptar sus políticas para apreciar el valor de sus conocimientos jurídicos. Y otros filósofos posmodernos y teóricos políticos, como Jacques. Jacques Derrida Derrida) y Michelle . Michel Foucault Foucault también tenía ideas profundas, cualesquiera que fueran sus implicaciones políticas.

Los primeros trabajos en materia de estudios jurídicos críticos se limitaron en gran medida a los conceptos que ya hemos explorado. Recordemos que la forma en que se aplica el concepto de igualdad en relación con una cuestión particular depende enteramente de las creencias morales o políticas preexistentes de quienes evalúan la cuestión. Para quienes creen en los mercados libres, la igualdad puede significar tener iguales oportunidades para competir en un mercado de laissez-faire. Para alguien que cree en el valor del trabajo duro, eso podría significar un salario por hora igual. Para quienes creen en la igualdad entre hombres y mujeres, eso podría significar que a todos se les pague lo mismo, sin importar cuánto trabajen o cuánto produzcan. El concepto de igualdad no puede resolver este problema. Este problema sólo puede resolverse mediante las creencias políticas existentes.

Las personas que creen en diferentes sistemas de valores también traerán diferentes creencias políticas al trabajo de interpretación, incluida la interpretación de materiales legales. Las opiniones políticas de una persona también están relacionadas con sus experiencias y antecedentes. Por lo tanto, diferentes grupos de personas llegarán a conclusiones diferentes al interpretar el mismo material. Las mujeres tienen visiones diferentes sobre la igualdad de género que los hombres; Las personas de color tienen puntos de vista diferentes sobre la igualdad racial que las personas blancas; Los homosexuales tienen puntos de vista diferentes sobre la igualdad sexual que los

heterosexuales. Los académicos de estudios jurídicos críticos analizan diferentes áreas del derecho desde estas diferentes perspectivas. No se trata simplemente de que distintos grupos de personas aboguen por distintos resultados sustanciales, aunque eso sin duda es cierto. Más bien, interpretarán el mismo material de manera diferente porque cada intérprete aporta ideologías diferentes al trabajo de interpretación. Así vemos la teoría crítica de la raza, la teoría crítica de género, la teoría queer y muchas otras teorías críticas.

Este enfoque para interpretar la ley es diferente de lo que vimos en el Capítulo 5. Combina la ambigüedad interpretativa que mencionamos anteriormente con opiniones políticas específicas sobre el feminismo, la justicia racial y los derechos de los homosexuales. Muchas personas de esta escuela tienen opiniones particularmente vanguardistas y sus fuertes tendencias políticas han causado disgusto entre los conservadores de la comunidad jurídica. Pero no es especialmente vanguardista en jurisprudencia. Sostiene que las normas jurídicas de finales del siglo XX y las estructuras sociales liberales burguesas no son "naturalmente" necesarias y que los jueces que aplican ese enfoque son más que simples árbitros "neutrales" de disputas legales. Ya hemos visto este argumento antes.

Sin embargo, algunos estudiosos de los estudios jurídicos críticos también han propuesto teorías jurídicas novedosas y vanguardistas. Por supuesto, esto no sólo es cierto en la jurisprudencia general. También es una teoría de cómo funcionan el lenguaje y la interpretación en general, no sólo en derecho. El derecho es sólo una de las muchas áreas de interpretación que conforman la totalidad de la hermenéutica. Nota 366 El principal iniciador fue Duncan. Kennedy y Jack Balkin, la discusión del primero aparece principalmente en su trabajo de seminario "Forma y sustancia de la adjudicación de derecho privado" (Form y Sustancia en Privado Ley Adjudicación Nota 367 : Esta última discusión aparece principalmente en su artículo que analiza la teoría de Derrida publicado en el Yale Law Journal. Nota 368

Perspectiva de los estudios jurídicos críticos

Cualquier descripción del mundo es una declaración de nuestro sistema lingüístico. Su significado siempre depende

de aspectos del lenguaje que no están explícitamente indicados. Si hablamos de libertad humana, quizá no digamos nada explícito sobre la esclavitud o el determinismo, pero siempre están ahí, en segundo plano. Sin una comprensión de esos conceptos, no podemos entender el concepto de libertad. Como decía Derrida, lo que falta todavía existe. El determinismo y la esclavitud todavía existen, aunque no se enuncia explícitamente. De modo que las afirmaciones sobre el mundo, especialmente sobre el mundo moral, siempre pueden ser “deconstruidas” para revelar más (y menos) de lo que parecen.

Balkin cita como ejemplo la teoría del contrato, concretamente la de Patrick. Patrick Atiyah Teoría del contrato de Atiya .[Nota 369] Interpreta una serie de numerosos casos contractuales y concluye que el consentimiento subjetivo constituye el paradigma del contrato. Un contrato que carece de consentimiento subjetivo pero se basa en una confianza razonable es una "excepción" a la regla general. Pero podríamos fácilmente concluir que la confianza razonable es la regla y relegar los casos de confianza en el acuerdo subjetivo a la excepción. Derrida llamaría a esto el “privilegio” de una teoría sobre otra. Privilegiar el acuerdo subjetivo por sobre la teoría de la confianza en la interpretación del derecho contractual es una elección normativa, aunque a menudo inconsciente. No se trata de una mera interpretación “neutral” u “objetiva” del material.

Cualquier interpretación positiva tiene esta característica. Parece mucho una imagen de dos caras rojas enfrentadas sobre un fondo azul, o podría confundirse con dos frascos azules sobre un fondo rojo. La cuestión es que en esta imagen no hay ningún primer plano ni fondo objetivamente correcto. La gente simplemente valora un tono sobre otro. Por tanto, toda interpretación tiene siempre elementos subjetivos y normativos y nunca es puramente objetiva y fáctica.

Incluso este aspecto de los estudios jurídicos críticos o de la teoría de Derrida no es enteramente nuevo. Parte del contenido teórico cita (a veces implícitamente) a William. Guillermo Santiago), Juan. Juan Dewey Dewey) y Josías. Josías Royce) y otros defendieron la tradición del pragmatismo estadounidense. Incluso tiene sus raíces en Ralph. Valdo. Ralph Emerson Valdo Emerson) y Walter. Walt Whitman Las ideas de Whitman . A finales del siglo XX, su principal defensor fue Richard. Ricardo Rorty). Al igual

que Balkin y Derrida, los pragmáticos argumentan que la verdad de un enunciado no reside en su correspondencia con el mundo. Más bien, su verdad depende de si puede combinarse con otras afirmaciones para presentar una red práctica de creencias. El lenguaje funciona de manera sistemática y no puede dividirse en enunciados individuales que reflejen el mundo "objetivo".

Son afirmaciones como estas las que han alentado a los oponentes a burlarse de los estudios jurídicos críticos, acusándolos de creer que una declaración puede usarse arbitrariamente para significar lo que queramos que signifique. La mesa que ves no existe realmente Pero la escuela crítica de estudios jurídicos no afirma que el lenguaje no tenga nada que ver con la "verdad". Si no hay conexión, no es muy "útil". Si el lenguaje científico de la mecánica cuántica no se corresponde con el mundo de algún modo útil, no puede hacer predicciones útiles. Aquellos que intenten mover la silla "real" se quedarán sin nada. Los pragmáticos y los teóricos de los estudios jurídicos críticos creen que el lenguaje no es simplemente un conjunto de símbolos unidos para producir un reflejo neutral y objetivo de la "realidad".

Quizás desearíamos tener un sistema legal con ciertas cualidades. Quizás queramos que la ley sea objetiva y clara. Quizás quisiéramos que fuera completamente independiente de quienes toman las decisiones. Quizás querríamos que fuese neutral respecto de nuestros diversos valores. Quizás deseemos que sea permanente. Quizás quisiéramos que funcionara de manera autónoma, independientemente de otras disciplinas. Podríamos esperar que existiera en la naturaleza, no sólo en la creación humana. Esta escuela de estudios jurídicos críticos muestra que el derecho no posee ninguna de las características mencionadas anteriormente. Y esto es cierto no sólo en lo que respecta al derecho, sino también a la teoría literaria, a la filosofía, a la retórica política e incluso a presuntas afirmaciones fácticas sobre el mundo en general. Esto no lo dicen sólo los estudiosos del derecho crítico, también lo dicen los pragmáticos.

En respuesta a las críticas que caricaturizan las opiniones de los estudios jurídicos críticos como nihilistas, Balkin aclara que eso es completamente erróneo. El hecho de que nuestras conversaciones verbales favorezcan una interpretación sobre otra no significa que no haya significado o verdad en nuestras formas existentes de pensar. Todo lo que Barkin y Derrida argumentan es que el

significado y la verdad son hasta cierto punto una elección (colectiva). No se dan objetivamente en correspondencia con el mundo.

Los estudios jurídicos críticos son un enfoque “posmoderno”. ¿Porque decimos eso? Debemos remontarnos al comienzo del desarrollo de la filosofía occidental, a Platón y a los filósofos anteriores a Sócrates. Barkin sí que lo señala. La teoría de Derrida es aún más importante en otros campos que la teoría jurídica. Su objetivo era cuestionar el concepto platónico de objetividad.

Los fundamentos de la filosofía occidental

Tales de Mileto de Mileto vivió en el siglo VI a.C. Antes de eso, la mayoría de los griegos conocían el mundo a través de historias y mitos. Tales quería construir explicaciones basadas en la observación y la razón. Él aboga por la ciencia. Entonces preguntó: "¿De qué está hecho el mundo?" Su respuesta fue agua. Quizás parezca ingenuo, pero en realidad es muy sabio. La gente normal ve sólidos, líquidos y gases. ¿Y qué vemos en nuestra vida diaria que tenga estas tres etapas? agua. Pero la importancia de Tales no reside en las respuestas que propuso, sino en su metodología. Además, su importancia radica en el hecho de que quiere encontrar una respuesta "objetiva", una respuesta que tenga el mismo significado sin importar quién observe o cuente la historia. En su búsqueda de objetividad, Tales buscó una manera de comprender el mundo que trascienda al observador individual.

Tales inició una tradición que condujo al pensamiento de Sócrates y Platón. Sólo tenemos un conocimiento fragmentario de las generaciones entre Tales y Platón, por lo que no es fácil estar seguros de lo que pensaban. Todo lo que hemos visto son las afirmaciones hechas por los estudiantes de ambos hombres. Ellos mismos no escribieron ningún libro. Sólo el diálogo cara a cara es un verdadero encuentro intelectual. Simplemente leer lo que alguien escribe es demasiado negativo y alienante. Aunque Platón también escribió sus pensamientos, lo hizo en forma de diálogos. No podemos tener una conversación con Platón, pero al menos estamos leyendo a las personas que están teniendo estas conversaciones intelectuales. Y la mayoría de los fragmentos que obtuvimos fueron notas de clase . Incluso hoy en día, los profesores suelen proporcionar materiales más estimulantes en clase para estimular el pensamiento de los estudiantes, aunque los propios profesores no necesariamente crean en el contenido de esos

materiales. Es difícil, pues, obtener una imagen precisa de los pensadores presocráticos. Lo que está claro, sin embargo, es la comprensión que Platón tenía de sus puntos de vista.

El argumento básico del antiguo filósofo griego Parménides es que la verdad es unificada y lógica. No puede explicar el cambio de forma lógica, por lo que el cambio en realidad no existe. De aquí que tengamos la paradoja de Zenón. La flecha de Aquiles nunca alcanzará su objetivo, porque estará a mitad de camino, a mitad de camino otra vez, a mitad de camino otra vez, a mitad de camino sin fin. Como tiene que pasar por innumerables segmentos, nunca llegará a su destino. Si vemos que la flecha da en el blanco, debe ser una ilusión. El cambio nunca ocurre realmente .

Heráclito estaba en el otro extremo . Su famosa máxima se refiere a que nunca puedes detenerte dos veces en el mismo arroyo. Después de todo, habrá aguas diferentes, niveles de agua diferentes, remolinos diferentes y otras diferencias. Para Heráclito todo está en flujo y cambio.

Otro grupo de pensadores griegos antiguos enseñó a los hijos ricos de Atenas las técnicas de debate de la retórica y la persuasión para que pudieran convertirse en debatientes exitosos en materia jurídica y política y obtener escaños en la asamblea ciudadana ateniense. Estos fueron los sofistas, como Gorgias y Protágoras , quienes encontraron una manera de llevar a cabo el diálogo platónico. Su error es que enseñan por dinero en lugar de hacerlo para buscar la verdad, que es lo que hacen los filósofos. Enseñan a ambos lados de un debate cómo ser persuasivos. La crítica dirigida a los sofistas era algo similar a la crítica dirigida a los abogados hoy en día. Lo que valoran es la capacidad de persuasión del lenguaje.

Protágoras dijo una vez: "El hombre es la medida de todas las cosas". Nota 370 En cierto sentido esto es innegable. Que una superficie de contacto esté caliente o fría depende de si estamos acostumbrados a superficies de contacto más frías o más calientes. Quizás esto es lo que quería decir Protágoras. Pero también es posible que dijera que el hombre es la medida de todas las cosas, incluidas las éticas. Este tipo de relativismo moral fue muy problemático para Sócrates y Platón, porque querían establecer principios morales objetivos y duraderos.

En cualquier caso, éste era el contexto intelectual al que se enfrentaban en ese momento Sócrates y su discípulo

Platón. Aquellos que leyeron o escucharon las ideas de Platón las consideraron extremadamente abstractas y de otro mundo. De hecho, el famoso cuadro de Rafael *en el Vaticano , La Escuela de Atenas* , muestra a Platón señalando al cielo, mientras que el más pragmático Aristóteles señala al suelo. Pero Platón también tenía problemas prácticos y del mundo real, que heredó de Parménides y Heráclito. El sentido común (basado en la experiencia) nos dice que las cosas cambian, pero también tienen aspectos que permanecen inalterados a lo largo del tiempo. Mi amigo ha pasado por algunos cambios en los últimos años, pero sigue siendo la misma persona. El río Mississippi también cambió la semana pasada, pero sigue siendo el río Mississippi. ¿Cómo explicamos el cambio y la constancia? La pregunta no es tan de otro mundo, después de todo.

La solución de Platón reside en su famosa Teoría de las Formas. La forma existe en un estado ideal. Los objetos de "nuestro" mundo, como los caballos, los arroyos y las cosas triangulares, son "sombras" de estas formas imperfectas y siempre cambiantes, así como en la alegoría de la caverna los objetos en la pared son simplemente las verdades más profundas ocultas detrás de las personas prisioneras. Los objetos de nuestro mundo cambian, pero la forma de la sombra que proyectan no. Así, el río de Heráclito cambia en nuestro mundo, pero su forma permanece constante. Si esta es una respuesta atractiva a la cuestión del cambio y la constancia es algo sobre lo que incluso el propio Platón era escéptico en el Parménides, pero al menos intenta comprender esta cuestión del mundo real.

Platón creía que este mundo y el reino de las formas son ambos reales. Los objetos de nuestro mundo se descubren a través de la observación. La forma se descubre a través de la razón y el diálogo socrático. En La República, Platón nos muestra cómo acercarnos a una forma de justicia a través del diálogo socrático, es decir, a través del discurso razonado o logos . Tenemos una manera de aproximarnos a un mundo objetivo que trasciende cada sujeto individual. Los sofistas adoptaron un enfoque diferente. Para ellos el lenguaje es decisivo. No les interesa una realidad objetiva que trascienda a cada sujeto individual.

Esta distinción ha sido la base de la filosofía occidental durante dos milenios y medio. Platón defendió la filosofía de la existencia . Hay cosas que existen independientemente de nuestra mente, pero que nuestra mente (con todas sus

debilidades) es capaz de comprender. Por esta razón Whitehead afirmó que toda la filosofía occidental es simplemente una nota a pie de página de Platón. Es este fundamento el que, según Barkin, Derrida quiere derribar.

Esta estructura fundamental de la filosofía occidental ha sufrido muchas transformaciones durante el último milenio. Uno de los puntos de inflexión importantes es el regreso a la epistemología, es decir, la teoría de cómo entendemos las cosas. En el siglo XVII, Descartes intentó sentar bases sólidas para nuestro conocimiento del mundo exterior: Pienso, luego existo. Pero a finales del siglo XVIII se produjo un punto de inflexión clave debido a la "Revolución Copernicana" de Kant. Para Platón, existe una distinción estricta entre sujeto y objeto. El objeto existe sin cambios, independientemente de las actividades o sentimientos del sujeto. Sin embargo, para Kant, el sujeto es central para nuestra comprensión del mundo. El mundo real o desconocido, el mundo nouménico, no puede ser comprendido directamente. Construimos y entendemos el mundo fenomenal a través de conceptos de espacio, tiempo y causalidad. Incorporamos estos conceptos a nuestra comprensión del mundo. Damos forma al mundo ontológico en fenómenos que se ajustan a las leyes de la causalidad y la física.

Ahora podemos ver cómo este punto de apoyo del pensamiento kantiano da lugar a la ambigüedad del derecho a la que nos referimos en el capítulo 7. Cuando tratamos de aplicar un concepto como la igualdad, no es solo el concepto de igualdad el que está en juego. Y nuestros conceptos originales de mercados, trabajo duro e igualdad de oportunidades. Lo que una persona considera igualdad no es lo mismo que lo que otra persona considera igualdad. Esto carece de la objetividad que Platón buscó con tanto esmero. Pero para Kant esto no es un problema, porque piensa que los conceptos que introducimos son los mismos para todo ser racional. Pero Kant todavía abre una nueva posibilidad al hacer del sujeto un elemento central en nuestra comprensión del mundo.

Los enfoques centrados en el sujeto se han expandido a casi todas las áreas de la hermenéutica en las que identificamos significado. En su posterior teoría filosófica del lenguaje, Wittgenstein dijo que el significado no depende de la definición lógica de las palabras, sino del contexto y el propósito de su uso habitual. El ejemplo más conocido que da es pedirle a una niñera que le enseñe un

juego a un niño, y sólo en contexto (incluyendo las convenciones sociales) entendemos que la palabra "juego" no incluye juegos sexuales o juegos de guerra. Esto no significa que todas las interpretaciones sean equivalentes. De hecho, todos sabemos claramente que los juegos aquí no incluyen juegos sexuales ni juegos de guerra. El punto de Wittgenstein es que no son las definiciones lógicas sino nuestras convenciones sociales las que hacen que el significado sea claro.

Lo mismo ocurre en la interpretación literaria. Con William. Tomemos como ejemplo el poema "Londres " de Blake:

Deambulo por cada calle marcada
Justo al lado del Támesis alquilado
Y las marcas de cada rostro que he visto
Una señal de debilidad, una señal de tristeza.
En el llamado de cada hombre
En el llanto asustado de cada bebé
Cada sonido, cada prohibición.
Escuché el sonido metálico de la cerradura del corazón.
Las lágrimas del deshollinador
Cada iglesia caída es un horror.
Y el suspiro del desdichado soldado
El sonido llega a las paredes del palacio manchadas de sangre.
Pero lo que más oigo en Midnight Street
La maldición de la joven puta
Interrumpir el llanto de un bebé recién nacido
Muerto y sombrío en el coche fúnebre de la boda[Nota 371]

Blake condena tres mecanismos de creación humana. Los gobiernos causan guerras; las iglesias toleran e incluso causan la pobreza; y el matrimonio margina a los forasteros. ¿La condena de Black se limita a estos tres mecanismos sociales? ¿O son estos sólo tres ejemplos de una crítica mucho más amplia de la sociedad? No hay nada en el poema en sí que admita una interpretación estrecha o amplia. Jesús cura a los leprosos: ¿es esta una mera referencia casual al sufrimiento de la enfermedad de Hansen? ¿O es un mensaje más amplio, un llamado a ayudar a los menos afortunados y oprimidos?

A veces el propio texto proporciona pistas sobre cómo debemos interpretarlo, por ejemplo, Deuteronomio presenta una cierta filosofía sobre la historia de Israel: nuestro pacto con Dios es condicional, por lo que aquellos que pecan serán castigados. O tal vez cuando Jesús contaba parábolas,

debían interpretarse alegóricamente y no literalmente. Pero a menudo los textos no dejan pistas sobre cómo deben interpretarse. Por tanto, el lector se convierte en uno de los elementos que configuran el significado de un texto literario.

¿Dónde debemos buscar para resolver las ambigüedades en el significado del poema? ¿Deberíamos simplemente mirar el texto? ¿Debemos observar el contexto histórico? ¿Deberíamos leer las notas de Blake o una conversación que tuvo una vez con un amigo en su vida? ¿O deberíamos explorar las tradiciones culturales? De hecho, está claro que "Londres" tiene un significado más amplio. Esto se debe a que nuestra cultura espera que la poesía utilice metáforas para plantear cuestiones más amplias. Nuestra cultura tiene una tradición de interpretación. Vivimos en una sociedad en la que ya hemos aprendido a leer poesía. La gente no escribe poesía para elaborar argumentos estrechos. Utilizan metáforas para exponer argumentos más amplios. Así que, sin duda, parte de la interpretación está en la mente de quien la observa, pero tenemos una tradición compartida de interpretación en la que podemos estar de acuerdo. De eso trata la jurisprudencia. ¿Nuestra cultura jurídica tiene una tradición de interpretación?

En la crítica literaria podemos observar diferentes escuelas de pensamiento, correspondientes a diferentes escuelas de pensamiento jurídico, entre ellas el formalismo, el estructuralismo, la teoría histórica y la Nueva Crítica . Crítica) (Contexto social Contexto]). En ciencia, Thomas. Thomas Kuhn S. Kuhn nos dice que las teorías científicas se forman en paradigmas y los diferentes aspectos del conocimiento que presentan se integran de manera consistente. Nota 372: Entendemos los electrones o los quarks o las cuerdas no por su conocimiento en sí mismos, sino porque están integrados juntos en alguna teoría consistente o hermosa. Vemos a Werner. Heisenberg El famoso principio de incertidumbre de Heisenberg (la incapacidad de medir con precisión tanto el momento como la posición de una partícula) y Kurt. Kurt Gödel Gödel propuso el teorema de incompletitud en matemáticas (cualquier sistema consistente de axiomas operacionales no puede ser completo). En la historia, ¿qué significa el pasado? Durante la Guerra de Corea, algunos dijeron que si César comandara el ejército, bombardearía China con bombas nucleares, es

decir, adoptaría una estrategia más proactiva. Algunos respondieron que, de hecho, podría utilizar un trabuquete. ¿Hasta qué punto podemos inferir algo a partir de hechos específicos? En todos los ámbitos, el significado no parece ser absolutamente seguro.

Somos un estado de derecho, no un estado de hombres.

Hace unos veinte años, celebramos un seminario de una semana de duración en la Universidad de Texas sobre "Derecho y otras artes escénicas". Sandy de la facultad de derecho de la escuela. Sandy Levinson Levinson) y el decano de la Facultad de Bellas Artes, Bob. Bob Freeman Freeman) concibió el simposio. Sus conceptos son materia de interpretación en muchos campos. Los jueces interpretan estatutos y casos. Los directores interpretan música escrita por compositores. El director interpreta la obra y los actores interpretan las ideas del director. Todos utilizan técnicas similares. Miran el texto (o notas). Miran la estructura general del texto. Observan contextos sociales e históricos. Incluso podrían leer notas u otras pistas dejadas por el autor. No sólo interpretan, sino que también actúan. Juzgan un caso , o tocan una sinfonía , o representan una obra de teatro . A menudo "traducen" material anterior de maneras particulares para que pueda tener sentido en diferentes contextos.

El intérprete o performer aporta sus propios valores a su trayectoria personal. El intérprete o intérprete no es un receptor completamente pasivo de la "verdadera" realidad objetiva del significado del texto. Añaden algo al proceso. Nunca podremos interpretar las sinfonías de Beethoven de un modo puramente neutral, captando su significado "original". En su origen era vanguardista pero hoy se ha vuelto nostálgico. Un ejemplo dramático es "El Gran Inquisidor" de Los *hermanos Karamazov .* Magnífico Inquisidor) . Nota 373 Cuando Cristo regresa, el sacerdote lo desafía y le dice que su opinión ya no importa. Cristo tuvo su tiempo, pero ahora es la Iglesia la que tiene el derecho de interpretación. Puede que Dostoievski haya criticado esto, pero también destacó el papel del intérprete a la hora de dar significado al texto.

Muchas personas han intentado defender un significado puramente objetivo. Como Claude. Claude Lévi-Strauss Leví Antropólogos como Strauss han argumentado que, aunque

muchas culturas son relativistas, son similares en sus estructuras más profundas.[Nota 374] Quizás estas similitudes estructurales al menos revelen verdades objetivas sobre las estructuras culturales subyacentes. Pero identificar estas similitudes culturales es en sí misma una forma activa de interpretación y puede involucrar las diversas cuestiones subjetivas discutidas anteriormente. Por eso, a veces decimos que somos “postestructuralistas ” (postestructuralist), y que estamos en el período “posmoderno”. Las construcciones "modernas" se basan en las ideas de Platón y Descartes, intentando fundamentar nuestro conocimiento del mundo objetivo en un marco epistemológico sólido. Esa era ha terminado.

Como todas las teorías que hemos examinado, ésta tiene sus propios problemas. Afirma que la verdad y el significado no son implicaciones objetivas absolutas sino partes "prácticas" de un sistema lingüístico (incluida la escritura) y de un diálogo cultural. Pero ¿no es Platón parte de nuestra lengua y cultura? Quizás la creencia filosófica de que el lenguaje refleja la “realidad” sea en sí misma una forma práctica de observar el mundo. Quizás ofrezca una perspectiva más satisfactoria o práctica sobre la condición humana. Quizás pueda fomentar un mejor comportamiento. Si un pragmático dice que la visión platónica es errónea, puede estar cometiendo el mismo error que critica. Pero el objetivo aquí no es resolver todos estos debates, sino comprender las posiciones relativas de estas teorías.

Los abogados también pueden ver el posmodernismo en su trabajo diario. Piense en cuestiones difíciles como la interpretación de un contrato o la verificación de la veracidad del testimonio en el tribunal. Existen directrices muy variadas y muy prácticas sobre cómo debemos llevar a cabo estos procedimientos. También tenemos reglas complejas respecto a las pruebas de oídas. También tenemos otras reglas de práctica con respecto a la evidencia, como la regla de la "mejor evidencia", que tiene por objeto tener en cuenta las necesidades de gestión del proceso judicial y los factores psicológicos relacionados con el comportamiento del jurado. En la interpretación de contratos, tenemos reglas para prevenir el fraude y la "regla del significado claro", incluyendo reglas complejas sobre cómo usar evidencia circunstancial para resolver ambigüedades.

La adopción de estas reglas no se basa en la creencia de que representan la verdad en sí mismas. Su legitimidad reside en sus beneficios prácticos, como ayudar a la gente a confiar en los contratos y establecer una resolución eficaz de disputas. Queremos llegar a algo cercano a la verdad, pero estas reglas de interpretación reflejan también valores de confianza y eficiencia. En otras palabras, parte de la interpretación es un enfoque pragmático para tomar decisiones que nos permitan avanzar. Esto estaba muy lejos del gran plan de Platón. Por el contrario, refleja el pensamiento pragmático y la actitud del sabio polemista a la hora de resolver problemas difíciles.

Entonces, ¿cuál es el concepto de que estamos gobernados por el imperio de la ley y no por los hombres? Es difícil de explicar. Pero el relativismo y la incertidumbre de estas teorías posmodernas y postestructuralistas han sido exagerados de una manera excesivamente cínica, del mismo modo que el principio de incertidumbre de Heisenberg y los teoremas de incompletitud de Gödel han sido seriamente malinterpretados. Heisenberg no dijo que no sabemos nada sobre el mundo; Sólo dijo que hay dos cosas específicas sobre el mundo (la posición y el momento de una partícula subatómica) que interactúan de una manera que afecta nuestra comprensión de ellas. Incluso según la teoría de Gödel, todavía podemos demostrar teoremas matemáticos con absoluta certeza. Dos más dos siguen siendo cuatro. Lo mismo ocurre con la ley; Todos podemos estar de acuerdo en que hay muchos principios jurídicos que son verdaderos en sentido jurídico. El Presidente deberá tener por lo menos treinta y cinco años. A los efectos de prohibir la circulación de vehículos en el parque, los cochecitos de bebé no son vehículos. Etcétera. Pueden ser verdaderas debido a una tradición de interpretación, y siguen siendo verdaderas (legalmente).

La interpretación es una expresión positiva, pero no es completamente subjetiva e ignora el mundo exterior. Compartimos muchos valores interpretativos comunes porque vivimos en la misma cultura. Una de las funciones de las facultades de derecho es formar a los abogados para que se familiaricen con los modos comunes de interpretación. Que el principio del estado de derecho pueda ser "eficaz" depende de la calidad de la educación jurídica. Rousseau vio esto en Emilio: si queremos construir cierto tipo de sociedad, será mejor que nos concentremos en cómo educar a la próxima generación.

Nota 366 : El término deriva de “Hermes”, el nombre del dios mensajero griego.
Nota 367 : Duncan Kennedy, *Forma y sustancia* .
Nota 368 : JM Balkin, *Práctica deconstructiva y teoría jurídica* , 96 YALE LJ 743 (1987).
Libro 369 : *Id.* a las 767; *Véase también* PATRICK ATIYAH, PROMESAS, MORAL Y LEY (Clarendon 1981).
ENG370 :PLATÓN, TEETEO, 152c6–8.
Página 371 :WILLIAM BLAKE, LOS POEMAS COMPLETOS 128 (Alicia Ostriker ed., Penguin 1978).
Página 372 : THOMAS S. KUHN, LA ESTRUCTURA DE LAS REVOLUCIONES CIENTÍFICAS (Chicago Univ. Press 2da ed. 1970).
Página 373 : FIODOR DOSTOYEVSKY, LOS HERMANOS KARAMAZOV 297–316 (traducción de Andrew McAndrew, Bantam 1970).
Página 374 : CLAUDE LEVI-STRAUSS, ANTROPOLOGÍA ESTRUCTURAL (trad. de Claire Jacobson y Brooke Grundfest Schoepf, Basic Books 1963).

Mochila

copos de nieve

Hemos visto que cualquier tipo de interpretación está sujeto a incertidumbre y subjetividad, y la interpretación jurídica no es una excepción. Pero a veces asumimos tácitamente que al menos algún "patrón" de interpretación es correcto, incluso si ese patrón tiene sus ambigüedades. Podemos estar en desacuerdo sobre cuál es el modelo correcto, pero todos parecemos asumir que hay una respuesta correcta a esa pregunta. En "El caso de los exploradores espeleólogos", cada juez creía que los demás estaban equivocados, no sólo porque los resultados eran erróneos, sino también porque los métodos que utilizaron para llegar a sus conclusiones eran erróneos. El presidente del Tribunal Supremo Tadin no pudo tomar una decisión porque no podía juzgar qué método era el apropiado. Diferentes modelos de interpretación pueden conducir a resultados diferentes. Ésta es otra fuente de ambigüedad.

Anhelamos una comprensión integrada y coherente del mundo. En física, esperamos tener una teoría coherente que integre la gravedad con la mecánica cuántica, así como otras tres fuerzas: el electromagnetismo, la interacción fuerte y la interacción débil. En el pasado, se otorgaba un Premio Nobel simplemente por integrar dos de estas fuerzas. Newton no descubrió la gravedad; descubrió que la misma fuerza que hace caer una manzana también mantiene a la luna en su órbita. Jaime. James Maxwell Maxwell integró la electricidad y el magnetismo y se dio cuenta de que la luz es una onda electromagnética. Amy. Nott (Em my Noether) descubrió simetrías en la física, y el diálogo con las leyes es el mismo. Podríamos seguir y seguir y encontrar más ejemplos. El progreso intelectual es en gran medida la búsqueda de explicaciones más generales. Ése era el gran plan de Platón. ¡La teoría formal explica la constancia y el cambio! ¡Aquino intentó integrar la razón y la fe!

Vemos este atractivo en el discurso normativo, que puede llamarse la “ estrategia culminante ”. gambito). Hacemos todo tipo de juicios morales, pero queremos que esos juicios encajen en alguna teoría moral, como el utilitarismo. Lo hacemos a pesar de que el criterio fundamental es necesariamente vago y tiene otros problemas. Al menos podemos irnos a dormir por la noche con la seguridad de

que existe un estándar, incluso si ese estándar no nos da una respuesta definitiva. En el mundo imaginario de la Tierra Media Tierra) Puede haber muchos anillos, pero hay un anillo que controla a los demás anillos. Nota 375

Vemos esta idea presentada más claramente en el monoteísmo. En la teología israelita primitiva, Yahvé era probablemente sólo uno de muchos dioses . Él tiene asistentes en el cielo y posiblemente una esposa. Pero después de Isaías , la teología de Israel se volvió monoteísta. En la era cristiana, la gente sintió la necesidad de entender la Trinidad como compatible con el monoteísmo. Queremos un solo Dios, un solo estándar. Esto nos da una comprensión consistente del mundo.

Cuando intentamos comprender la vida cotidiana, utilizamos diferentes métodos narrativos. Pensemos en el huracán Katrina. ¿Qué pasó? Una forma de entenderlo es que la Tierra se ha inclinado respecto de su eje, lo que provoca más luz solar en verano, temperaturas oceánicas más cálidas y todo tipo de otros efectos. Eso es ciencia. O podríamos preguntarnos ¿por qué se construyeron las presas en esos lugares? Ésta es una decisión organizacional humana. ¿O preguntar por qué Dios permitió que esto sucediera? Eso es teología. Pero si la ciencia gobierna el mundo, ¿qué pasa con Dios o el libre albedrío? Si Dios es omnisciente y omnipotente, ¿qué pasa con el libre albedrío y la ciencia?

Diferentes formas de entender el mundo

Gran parte de la filosofía y la teoría literaria intentan abordar esta tensión. Agustín dijo que Dios nos dio libre albedrío. En Edipo, Sófocles nos dice que en este mundo controlado por el destino, Edipo todavía tiene opciones. Podríamos seguir con más ejemplos. Queremos reconciliar estas narrativas aparentemente conflictivas, aun cuando "creemos profundamente" en la ciencia, el libre albedrío y (para algunos) Dios en nuestra vida diaria. No podemos reconciliar intelectualmente estos tres, pero estamos de acuerdo con el apóstol Pablo en que aunque no podemos ver claramente ahora, un día entenderemos. Anhelamos explicaciones coherentes y consistentes.

Pero cuando creemos haber encontrado esa explicación, ésta se va desgastando poco a poco. Platón abandonó la teoría de las formas en el Parménides y en sus diálogos posteriores. Santo Tomás de Aquino no completó *la Suma* Teológica . Los estudios jurídicos críticos exponen los

problemas de la escuela procesal del derecho. El Puente de Londres se derrumbó y fue construido de nuevo, pero se derrumbará otra vez.

Huberto. Hubert Dreyfus Dr. Eyfus) y Sean . Sean Kelly Kelly aborda esta cuestión en *All* Things *Shining: Reading the Western Classics to Find Meaning in a Secular Age* . Nota 376 Antes de Platón, y antes del monoteísmo judío/cristiano/islámico, los griegos experimentaron el mundo de Homero. Ciertamente es un mundo politeísta. Valora muchas cosas, no sólo la belleza, sino muchas cosas bellas diferentes. El mundo terminó con Platón y el monoteísmo. Dreyfus y Kelly creían que el capitán Ahab en *Moby* Dick se destruyó a sí mismo en su búsqueda del único Dios verdadero . Ismael apreciaba las muchas cosas bellas que lo rodeaban (las muchas cosas brillantes) sin tratar de entenderlas como un sistema coherente. Como Gerald. Manley. Gerard Hopkins Manley Hopkins dijo: "Gloria a las cosas coloridas". Nota 377 O para los franceses: ¡Libertad, Fraternidad, Igualdad! Rawls nos dio parte de ese mundo en forma de libertad, igualdad y bienestar, pero aún así pensaba que necesitaba una fórmula para juzgar esos valores.

Pero hay una cosa que vale la pena destacar: Brian. Brian Wright Leiter nos recordó una vez que el sentido de la ciencia (y de todo pensamiento intelectual) es tratar de encontrar conexiones, principios generales que expliquen fenómenos que de otro modo serían dispares. La integración de la electricidad y el magnetismo por parte de Maxwell fue un gran avance. Los constructores de sistemas son importantes. Pero no debemos apresurarnos demasiado. Deberíamos desarrollar teorías generales que estén respaldadas por datos. La estrategia Capstone nos obliga a encontrar universalidad donde no la hay.

Entonces, ¿qué significa pensar como un abogado? Es semántica y formalismo, originalidad e instrumentalismo, explicación lógica y más metodologías. Ése fue el argumento de los jueces King, Handy y Foster. ¿Cómo puedo saberlo? He visto a jueces reales en nuestro sistema legal utilizar estos métodos. Cuando se les pregunta si creen en el significado del bautismo, los cristianos que asisten a la iglesia responderán: “Claro, lo he visto”.

Tadin quería saber cuál enfoque era correcto. ¿Qué criterios utilizará para juzgar? ¿Elegirá el método que maximice los beneficios? ¿O defender la libertad? ¿O

promover los principios de justicia de Rawls? ¿O hay algún método en el concepto de ley o de lenguaje? ¿Cómo juzgaría esos indicadores “meta” ?

Quizás deberíamos ser simplemente sociólogos. Puedo "observar" el sistema legal estadounidense y describir acertadamente lo que significa pensar como un abogado, así como puedo ver un partido de béisbol y describir lo que significa seguir las reglas. Si hago eso, puedo ver que no es un argumento “legal” argumentar que mi hermana debería ganar porque es mi hermana. Apelar al texto legal en sí o a su propósito, o a qué consecuencias tendrá en la sociedad, es discurso jurídico. Puede que todavía tengamos diferencias Fuller nos dice que podemos “leer” cualquier material de una manera puramente neutral, por lo que todavía podemos estar en desacuerdo al describir la práctica legal. Pero también podemos estar de acuerdo en muchas cosas.

Felipe. Phil Popitz Bobbitt examina varios modelos de razonamiento jurídico en *Constitutional Fate: Theory* of the Constitution . Nota 378 Se centra en la interpretación constitucional, pero sus conclusiones tienen una aplicación más amplia. La mayoría de los estudiosos del derecho se centran en lo que les gusta llamar metodología jurídica. Popitz investiga casos reales de nuestra cultura jurídica y cataloga las diferentes formas en que los jueces interpretan el material legal. No impone sus propios valores, sino que simplemente intenta describir el material. No podemos hacerlo perfectamente, pero podemos intentarlo. Es como si Hemingway intentara describir el fenómeno de freír tocino sin intentar situarlo en un contexto cultural.

Según el enfoque de Popitz, los profesores que enseñan a estudiantes de derecho de primer año deberían concienciar a sus estudiantes sobre la variedad de enfoques que el sistema legal puede aceptar. Podemos salir de nuestra propia experiencia práctica y evaluarlas, tal como lo hacemos con las normas jurídicas sustantivas. Pero el árbitro final será el que determine desapasionadamente el enfoque que realmente adopta un sistema jurídico, tal como lo hacemos con los estatutos sustantivos. Nos gustan o no, y ciertamente podemos evaluarlos desde ciertos aspectos normativos, pero si son parte del pensamiento de los abogados depende de cómo se utilizan generalmente en la práctica jurídica real.

Popitz identificó seis patrones: semántico, estructural, histórico, legal, pragmático y ético. Nota 379 El enfoque literal requiere que los jueces examinen el significado cotidiano de las palabras, lo que es muy similar a lo que defendía el presidente del Tribunal Supremo King. Los patrones estructurales analizan la estructura de las unidades de gobierno relevantes o, si hay más de una unidad involucrada, las relaciones entre las diferentes estructuras. Aquí podemos revisar el argumento del juez Brandeis en el caso Erie, cuya base es la relación entre los tribunales federales y las leyes estatales en los casos en que los ciudadanos de un estado demandan a ciudadanos de otro estado. Nota 380 El modelo histórico utiliza la evolución legislativa para juzgar el significado de una ley o disposición constitucional, mientras que el modelo jurisprudencial apela a principios establecidos en la jurisprudencia o expuestos en tratados autorizados. Los argumentos pragmáticos se basan en las consecuencias de una decisión particular. ¿Establecer una determinada norma dificultaría que los tribunales escuchen los casos o que la policía cumpla con sus funciones? Los argumentos éticos no citan las propias opiniones éticas del juez sino más bien el " ethos " de nuestra cultura . Esto se parece mucho a Hart y Sachs a través de la explicación lógica, o a Dworkin a través de la referencia a nuestros valores culturales. El objetivo aquí no es reiterar todos los argumentos de Popitz. Se centra únicamente en su metodología de utilizar la práctica jurídica para confirmar "el significado de pensar como abogado".

El enfoque de Popitz es enunciar sin explicar. Sin embargo, Popitz no puede ignorar completamente la cuestión por las mismas razones por las que Fuller criticó a los positivistas. Podemos ver que algunos jueces han adoptado otros enfoques. El juez de la Corte Suprema Oscar, que es de Texas. Óscar Moz Mauzy , quien famosamente escribió un fallo en el que decía que los votos cambiaron la Corte Suprema de Texas. Su método fue apelar directamente a la política. Popitz no menciona esto como método, y tiene razón en hacerlo. Pero excluir otros casos marginales y no describir el enfoque adoptado por los jueces en esos casos también implica algunos juicios normativos. No obstante, Popitz al menos plantea el punto anterior en términos generales y hace todo lo posible por evitar el juicio normativo.

Ese es nuestro mundo

Este enfoque establece un tema de desarrollo atractivo para la educación jurídica. Los estudiantes de primer año de derecho intentan aprender cómo ser abogados en un sistema legal como el nuestro. ¿Por qué no enseñarles métodos convencionales? Esto no significa que no podamos tener opiniones normativas sobre ese enfoque, así como ciertamente podemos tener opiniones sobre las leyes tributarias. Pero los estudiantes deben saber de qué se tratan estos métodos, así como deben saber de qué se tratan áreas específicas del derecho.

Este enfoque también tiene atractivo filosófico. La filosofía debería aclarar y comprender el funcionamiento real de la mente. Por ejemplo, la filosofía de la ciencia debería hacer todo lo posible para describir las implicaciones del razonamiento científico. ¿Existen realmente los electrones? O tal vez sean sólo ficciones prácticas para ayudarnos a hacer predicciones. Y las respuestas deberían darnos la mejor comprensión de cómo funciona la ciencia. De hecho, Einstein y Bohr estaban en desacuerdo sobre la interpretación de Copenhague de la mecánica cuántica . Estos debates filosóficos surgen de la interpretación de

¿No ocurre lo mismo con la filosofía jurídica? ¿Es el "literalismo" un enfoque jurídico apropiado? Por supuesto. Sé cómo funciona. También podemos suscribirnos a un enfoque positivista del razonamiento jurídico, así como podemos adoptar una visión positivista del contenido de la legislación sobre responsabilidad civil extracontractual. Incluso aunque no me guste algún aspecto de la ley de responsabilidad civil, sigue siendo la ley. Aunque no me guste un enfoque jurisprudencial particular para la toma de decisiones, es un enfoque que forma parte de nuestro sistema jurídico. ¿No es eso lo que Austin estaba tratando de decir?

No existe ninguna fórmula que permita a un juez decidir qué enfoque es correcto o cuál es el adecuado en un caso específico. A veces esto significa que el resultado de un caso es incierto. Ese es el problema con Tadin. El pluralismo metodológico de Popitz consiste en dar a los jueces un cierto grado de libertad.

A veces la propia ley proporciona respuestas a cuestiones de método. En los casos contractuales, basándose en la regla expresa, solo para resolver la ambigüedad del texto del contrato mismo un juez puede

mirar más allá del texto expreso del contrato y explorar otros. Los jueces no pueden crear ambigüedad con material ajeno al hecho. El artículo 2 del Código de Comercio Uniforme estipula que los jueces deberán tomar en cuenta los hábitos comerciales y las transacciones anteriores. Pero en la mayoría de los casos, la ley no ofrece una respuesta a la pregunta de qué método adoptar. Por tanto, el juez es libre de elegir el método. A menudo, distintos métodos producen resultados diferentes, de modo que el juez parece tener considerable libertad para obtener el resultado que desea. ¿Puede entonces seguir existiendo el Estado de derecho?

Hay dos modos en los que caen los estudiantes de primer año de derecho. Algunas personas se sienten frustradas cuando un determinado enfoque legal produce resultados injustos o inequitativos, por lo que acogen con agrado la libertad de apoyar los resultados que desean. Pero una respuesta más común es esperar que la ley produzca respuestas definitivas. Esto se debe principalmente a la ansiedad por el examen de Jurisprudencia, pero los estudiantes quieren saber de todos modos la "única" respuesta. Los estudiantes acusan a los profesores de "ocultarse" cuando se trata de cuestiones jurídicas sustanciales y parece que simplemente no explicaron la metodología con claridad. O peor aún: cada profesor tiene su propio enfoque preferido, por lo que los distintos cursos tienen diferentes principios subyacentes.

El enfoque de Popitz es al menos honesto. Quizás desearíamos métodos más precisos, pero si nuestra tarea es enseñar a los estudiantes acerca del mundo tal como es, en lugar de cómo deseamos que sea, entonces el pluralismo metodológico parece ser un “hecho” del mundo jurídico. Así que una respuesta a esta frustración es: “Lo siento, pero así es nuestro mundo”.

Pero el “problema” de la incertidumbre no es tan grave como parece. No todos los casos tienen esta incertidumbre. En la mayoría de los casos podemos estar de acuerdo en el enfoque y las respuestas prácticas. Noventa y nueve personas de cada cien asumirían que la prohibición de vehículos en un parque no incluye cochecitos de bebé, y asumirían esto porque entienden el propósito de la regulación. Entendemos lo que significa la ley la mayor parte del tiempo. Así es como podemos planificar nuestras vidas, hacernos más productivos y asegurar nuestros derechos a la libertad y a la propiedad. El mundo no

necesita ser perfectamente predecible, sólo moderadamente predecible. Podemos aceptar todos estos enfoques y aún así tener una precisión predictiva razonable de los resultados en la mayoría de los casos.

Quizás podríamos realmente hacer un experimento. Supongamos que escogemos al azar mil problemas legales. No podemos escoger sólo casos de la Corte Suprema, o incluso sólo casos de un tribunal en particular, porque eso se convertiría en una muestra sesgada. La mayoría de las cuestiones jurídicas no llegan a los tribunales. Podría preguntarme si puedo conseguir comida del refrigerador de mi vecino. La respuesta fue sencilla, sabía que no podía hacerlo porque mi vecino "era dueño" de la comida. Seleccionamos al azar mil cuestiones jurídicas y asignamos a dos grupos de personas la tarea de predecir cómo decidiría el tribunal. Intentan dar las respuestas legales "correctas". Un grupo tenía alguna formación en análisis jurídico y tal vez había asistido a la facultad de derecho; Al otro grupo simplemente se le pidió que juzgara lo que haría el juez basándose en sus inclinaciones políticas. El grupo con formación jurídica tenía más probabilidades de estar de acuerdo entre sí. Las leyes y una comprensión compartida de la lógica jurídica otorgan efectivamente a este mundo un orden.

Los profesionales del derecho pueden llegar a un consenso en muchos casos, incluso en la mayoría de los casos, porque comparten una cultura común de interpretación, no porque exista una respuesta correcta. Como hemos visto, la igualdad en sí misma no significa igualdad de oportunidades, pero "sabemos" que la igualdad alguna vez significó eso. Como diría Balkin, “preferimos” una determinada visión de igualdad debido a nuestras tradiciones compartidas. En el pasado, la igualdad no incluía la igualdad de orientación sexual, pero ahora sí. No hay ninguna razón lógica por la que debamos leer "Londres" de Blake de manera más amplia en lugar de más restringida, pero sí compartimos una tradición hermenéutica común para interpretar las metáforas del poema.

Diferentes modelos de argumentación jurídica pueden darnos algunos recordatorios. En el caso de la poesía, si un crítico salta directamente al contexto social, puede pasar por alto los detalles lingüísticos que un intérprete literal descubriría, y viceversa. O podemos ignorar las pistas sobre el significado porque no valoramos la estructura. Si los

jueces al menos consideraran cada patrón, podrían ver pistas interpretativas que de otra manera pasarían por alto. Considerar diferentes pistas les da al menos la oportunidad de limitar lo que Hart llama la penumbra.

En otros casos, nos enfrentamos a elecciones existenciales. Popitz lo llama "conciencia". Los realistas dicen que es "psicología" o "política". Pero es posible que el juez haya agotado varios modos de análisis en el camino hacia ese punto, y haya sintetizado así una respuesta más definitiva. Si los jueces son perezosos o no actúan de buena fe, pueden recurrir directamente a una solución política, pero no están obligados a hacerlo.

Aprender a pensar como un abogado

Hart y Sachs en Legal Procedure ofrecen un excelente argumento para resaltar la inacción o malicia judicial. Recordemos el caso de la carga quemada. Nota 381 ¿La obligación de la empresa ferroviaria termina cuando las mercancías son entregadas en el andén, al igual que ocurre con el transporte marítimo? ¿O tiene que entregar la mercancía al propietario, como si se tratara de una entrega de vehículo? El tribunal podría simplemente distinguir entre ferrocarriles, barcos y camiones y luego tomar la decisión que el juez quisiera. Pero el tribunal no fue ni perezoso ni malicioso. Intenta utilizar el razonamiento lógico para encontrar la "mejor" respuesta. En el contexto de este caso, el ferrocarril se parece más a un barco que a un tren de mercancías.

En Procedimiento Legal, el siguiente caso seleccionado por Hart y Sachs fue Berenson v *. Nirenstein* . Nota 382 En este caso, el C.J. Quay tuvo que decidir si una promesa que no se hizo por escrito era ejecutable. Al igual que el caso de la quema de la carga, hubo un caso anterior con dos opiniones diferentes. Una serie de casos sostuvo que tales promesas no podían cumplirse, basando sus argumentos en la ley antifraude; Otra serie de casos se basó en la confianza constructiva para su ejecución. El juez Quill distinguió este caso de la primera serie de casos anteriores basándose en los hechos, encontró que los dos eran diferentes y dictaminó que la promesa en este caso podía hacerse cumplir. Sin embargo, los casos anteriores de la segunda serie son en realidad diferentes de este caso. El juez Quayle se detuvo demasiado pronto. Él es perezoso o deshonesto. Obviamente, cuando los jueces tienen “discreción”, hay

espacio para la construcción teórica. Pero la diligencia y la integridad pueden en realidad reducir esta discreción.

Podemos lograr un mayor consenso si adoptamos estos modelos de razonamiento en áreas o épocas en las que compartimos valores y supuestos comunes. Para Hart y Sachs, fue más fácil llegar a un consenso a mediados del siglo XX. La guerra de Vietnam lo cambió todo. Incluso hoy vivimos en nuestra propia estratosfera, lo que empeora la situación. Esta situación en sí misma constituye un problema perjudicial. Esto agrava las consecuencias de la división en nuestra tradición interpretativa compartida. Y eso genera más malicia. Pero no es sorprendente que la ley no pueda funcionar en una sociedad dividida. Las leyes pueden resolver algunos de nuestros problemas, pero no todos.

¿Por qué esperamos, de todos modos, que las leyes sean como fórmulas fijas? A menudo les pregunto a mis alumnos: "¿No sería una pena si la ley fuera simplemente una fórmula fija?" Su generación no tendría nada que añadir a la ley (excepto la literatura legislativa). Un cierto grado de incertidumbre le da a cada generación la flexibilidad de dar forma a su propio futuro. Así que, sin duda, hay cierta incertidumbre en la ley. ¿Y qué? Tal vez la incertidumbre en nuestras leyes fomente el orden y la previsibilidad por un lado, mientras mantiene la flexibilidad y la creatividad por el otro. De todas formas, simplemente acéptalo. Lo importante aquí es que debemos entender nuestro sistema.

Esto nos lleva de nuevo a la educación jurídica. Se supone que la facultad de derecho es un lugar donde los abogados aprenden una tradición común de interpretación y donde aprenden a pensar como abogados. Pero ya no invertimos tanto tiempo en aprenderlas como antes. Nos preocupa el alcance del curso y el uso de exámenes de opción múltiple. Nos preocupamos más por el resultado y si se ajusta a nuestras propias ideas sobre la justicia, y menos por el proceso. Menos estudiantes toman cursos "procedimentales" o "conceptuales", como tribunales federales, conflicto de leyes e historia y filosofía del derecho. Hart Jr. y Sachs eran eruditos anticuados, incluso conservadores y reaccionarios. También sería ingenuo pensar que podemos confiar en el proceso legal o el razonamiento legal para lograr resultados (mínimamente) aceptables. En un simposio realizado hace unos años, el ponente hizo hincapié en el procedimiento y la metodología, pero la respuesta abrumadora de los asistentes fue que el

procedimiento sugerido por el ponente debía ser erróneo porque producía resultados equivocados. Realmente no nos hemos esforzado lo suficiente para que los estudiantes aprendan el procedimiento legal como un mecanismo social, ni tampoco nos hemos esforzado lo suficiente para que aprendan el razonamiento jurídico. Nos preocupa más la justicia.

Cuando nos centramos en el método, a menudo somos cínicos. A menudo es más interesante señalar las deficiencias del formalismo en casos individuales que analizar sus beneficios institucionales. Era más fácil defender al apuesto marinero que apoyar a Clegg. Es más interesante correr el telón y revelar que el supuesto mago es en realidad sólo un anciano. ¿No deberíamos dedicar más tiempo a explicar a los estudiantes cómo funciona el sistema legal?

Las fuerzas centrífugas en nuestra sociedad son muy fuertes. ¿No deberían las leyes y las facultades de derecho promover cierta cohesión aprendiendo modelos comunes de razonamiento, no sólo lo que es la justicia? En la segunda venida Segundo En el poema Coming , Yeats Mayordomo Yeats nos dice:

Girando en un remolino que amenaza con tragarse el mundo

El halcón no puede oír al cetrero.

Todos los partidos están dispersos y el camino del medio se pierde.

El mundo se ha ido

Desbordamientos de contaminación

Chunli es adicta

Un caballero no tiene en quién confiar

El villano se está expandiendo

La revelación es cierta

La segunda venida es inminente

¡Segundo advenimiento! ¡Escuchar!

Esta es una manifestación espiritual.

Mis ojos sospechaban que: En algún lugar del desierto

Esfinge

Mirando con ojos tan despiadados como el sol abrasador.

Micropaso lento

Los pájaros se dispersan

La noche está oscura otra vez, pero sé

Durmiendo como una piedra durante dos mil años

Atrapado en pesadillas por una cuna perturbada

La bestia más feroz finalmente vendrá.
¿Avanzando torpemente hacia Belén para nacer? Nota 383
Esta es una fábula que sirve de advertencia.

También hay un mensaje sorprendente. No necesitamos que nos obliguen a elegir entre el procedimiento y la justicia. Hart y Sachs quieren que exploremos el propósito de la ley para ayudar a determinar su significado. Éste es un aspecto del pensamiento de un abogado, que tiende a inculcar valores cívicos y una sensibilidad hacia la justicia social. Eso también puede ayudarnos a evitar la obediencia ciega y la insensibilidad. La revisión institucional del propósito de las normas contables en las escuelas de negocios también puede ayudar a evitar la repetición de escándalos como el de Enron.

Volvamos al primer año de la facultad de derecho e ilustremos un tema explorado al comienzo de muchos cursos sobre responsabilidad civil: cómo podría funcionar en realidad un enfoque pluralista del razonamiento jurídico. En el caso de *Ghassmie h v.* Schafer , Karen, una profesora de arte de una escuela secundaria. Cuando Gasme estaba a punto de sentarse, la estudiante Elaine. Xuefei apartó la silla que estaba detrás de ella. Nota 384 El maestro cayó al suelo y se lastimó la espalda. Ella presentó una demanda por lesiones negligentes contra Sheffi. El problema fue que Sheffield testificó ante el tribunal que ella retiró la silla "como una broma". En otras palabras, ella intencionalmente hizo que Gasmay cayera al suelo, y debido a que sus acciones causaron que Gasmay se lastimara la espalda, ella fue responsable de agresión ilegal (agresión). Pero si es responsable de un daño por negligencia, ¿puede ser también considerada responsable de una infracción ilícita? ¿o viceversa? De no ser así, ¿eso significa que, dado que Gasme está demandando por lesiones por negligencia, si el jurado determina que, en realidad, fue agredida ilegalmente, la demandante perderá el caso?

Eso es lo que realmente sucedió en este caso, y Gasme apeló. La cuestión ante el Tribunal de Apelación era si se trataba de una intrusión ilegal si, como testificó Sheffi, sus acciones no tenían la intención de dañar a Gasme. El tribunal consideró que la cuestión no era si Sheffi tenía la intención de dañar a Gasme, sino si lo hizo sin el consentimiento de Gasme. La intrusión es tocar intencionalmente a otra persona, ya sea directa o

indirectamente, de manera dañina u ofensiva. El tribunal siguió un caso anterior en el que un niño había cometido la misma broma y sostuvo que "la intención de dañar es irrelevante en el caso de invasión de propiedad ajena". Nota 385 En consecuencia, una conducta como la de Sheffi puede constituir una transgresión y al mismo tiempo ser negligente si el daño causado era previsible aunque no fuera intencional. Los motivos de apelación de Gasme alegan que las instrucciones del juez de primera instancia al jurado de que la conducta de Sheffield no fue una intrusión ilegal fueron un error que podría haber dejado de lado el veredicto original. El recurso fue desestimado.

El Tribunal de Apelación llegó a esta conclusión interpretando literalmente la doctrina del common law sobre la intrusión, interpretación respaldada por decisiones anteriores y literatura autorizada. Dado que la intención de dañar no es esencial para la intrusión, el tribunal aceptó la opinión común en casos similares anteriores de que el deber violado por la intrusión es el deber de no tocar a otra persona. Desde este punto de vista, si la persona que es tocada resulta herida, hay una base para un reclamo, y debido a que el consentimiento para tocar puede eliminar obligaciones, una definición completa de intrusión debe incluir el elemento de falta de consentimiento.

Sin embargo, si se adopta una formulación lógica y se pregunta cuál es el propósito de incluir la falta de consentimiento como un elemento de la definición, la definición anterior puede interpretarse de manera diferente. ¿Es esto con el fin de proteger a las personas de ser tocadas? ¿O es para proteger intereses que no se verían perjudicados si se los tocara? Si en nuestra cultura la gente toca a otros de manera casual e inofensiva, les toca el hombro para llamar la atención, se abrazan o estrechan la mano espontáneamente para mostrar afecto, les dan palmaditas en la espalda para expresar felicitaciones, entonces tiene poco sentido pensar que el propósito de la ley es proteger el interés de las personas en no ser tocadas. Después de todo, si uno se aprieta al lado de su compañero de asiento en un autobús o metro lleno de gente para dejarle lugar a otro pasajero, normalmente no lo consideramos una infracción del deber. Por lo tanto, la explicación que producirá el método de explicación lógica requiere no sólo la intención de tocar, sino también la intención de causar daño como resultado de ese contacto.

La interpretación a la que llegó difiere de la del Tribunal de Gasme.

Diferentes puntos de vista judiciales y modelos de razonamiento jurídico relacionados tienen diferentes interpretaciones de la definición legal de infracción ilegal. Un modelo enfatiza el respeto a las decisiones anteriores y la estabilidad que conlleva. Otro modelo sostiene que, dado el valor de la ley, su propósito debería ser promover el progreso que se busca. El dualismo común en el pensamiento social también existe en la vida jurídica.

Hemos explorado las líneas generales del pensamiento de un abogado y el proceso de educación jurídica que rodea esta idea. Hay mucho más por explorar. Todavía hay muchas imperfecciones. Es posible que los jueces King, Handy y Foster (y Tadin) aún no puedan llegar a un acuerdo. Hay más de una manera de pensar como abogado.

Así que volveremos al principio. Los estudiantes de derecho y los ciudadanos interesados en la selección judicial deberían al menos conocer la historia de fondo de estos debates. Deberían realizar un curso de perfeccionamiento en cultura jurídica. Luego deberían construir su propia mentalidad.

Ojalá ya lo hayan hecho. Ojalá puedan lograr sus objetivos.

Nota 375 : J. R. R. Tolkien, EL SEÑOR DE LOS ANILLOS (Houghton Mifflin 1987).

Nota 376 : Hubert Dreyfus y Sean Kelly, Todo lo que brilla: leer los clásicos occidentales para encontrar significado en una era de seguridad (Free Press 2011).

Nota 377 : Gerard Manley Hopkins, *Pied Beauty* , 1 LA ANTOLOGÍA NORTON DE POESÍA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA 78 (Jahan Ramazani, Robert O'Clair y Richard Ellman eds., WW Norton 3ª ed. 2003).

Nota 378 : PHILIP BOBBITT, DESTINO CONSTITUCIONAL: TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN (Oxford Univ. Press 1982).

Nota 379 : Bobbitt utiliza el término “textual” para denotar el primer modo.—Ed.

Caso 380 : Erie Railroad Co. v. Tomkins 304 US 64 (1938).

Caso 381 : *Norway Plains* Co. v. Bos. & Me. RR 67 Mass. 263 (1854).

註382 : Berenson contra Nirenstein 326 Mass. 285, 93 NE 2d 610 (1950).

Libro 383 : W. B. Yeats, *La segunda venida* , 1 LA ANTOLOGÍA NORTON DE POESÍA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA 111 (Jahan Ramazani, Robert O'Clair y Richard Ellman eds., W. W. Norton 3.ª ed. 2003).

Caso 384 : Ghassemieh v. Schafer 52 MD App 31 (1982) (Md. Ct. Spec. App. 1982).

Ejemplo 385 : *Id. en* 38. Véase Garratt v. Dailey 279 P.2d 1091 (Wash. 1955).

國家圖書館出版品預行編目資料

像法律人一樣思考：法學院長寫給年輕人的法學思辨與論理方法
威廉・包沃斯 William Powers Jr. 著　馬忠義 譯
初版．－台北市：商周出版：家庭傳媒城邦分公司發行
2023.05　面；　公分
譯自：Sharpening the Legal Mind: How to Think Like a Lawyer

ISBN 978-626-318-655-2 (EPUB)

1.CST: 法學 2.CST: 法學教育

580　112004603

像法律人一樣思考：法學院長寫給年輕人的法學思辨與論理方法

原 著 書 名 / Sharpening the Legal Mind: How to Think Like a Lawyer
作　　者 / 威廉・包沃斯 William Powers Jr.
譯　　者 / 高忠義
責 任 編 輯 / 陳玳妮
版　　權 / 林易萱

行 銷 業 務 / 周丹蘋、賴正祐
總　編　輯 / 楊如玉
總　經　理 / 彭之琬
事業群總經理 / 黃淑貞
發　行　人 / 何飛鵬
法 律 顧 問 / 元禾法律事務所 王子文律師
出　　版 / 商周出版
城邦文化事業股份有限公司
台北市中山區民生東路二段 141 號 4 樓
電話：(02) 25007008　傳真：(02)25007759
E-mail：bwp.service@cite.com.tw
發　　行 / 英屬蓋曼群島商家庭傳媒股份有限公司城邦分公司
台北市中山區民生東路二段 141 號 2 樓
書虫客服服務專線：(02)25007718；(02)25007719
服務時間：週一至週五上午 09:30-12:00；下午 13:30-17:00
24 小時傳真專線：(02)25001990；(02)25001991
劃撥帳號：19863813；戶名：書虫股份有限公司
讀者服務信箱：service@readingclub.com.tw
歡迎光臨城邦讀書花園　網址：www.cite.com.tw
香港發行所 / 城邦（香港）出版集團有限公司
香港灣仔駱克道 193 號東超商業中心 1 樓
E-mail：hkcite@biznetvigator.com
電話：(852) 25086231　傳真：(852) 25789337
馬新發行所 / 城邦（馬新）出版集團【Cite (M) Sdn. Bhd.】
41, Jalan Radin Anum, Bandar Baru Sri Petaling,
57000 Kuala Lumpur, Malaysia.
Tel: (603) 90563833 Fax: (603) 90576622
Email: cite@cite.com.my

封 面 設 計 / 李東記
排　　版 / 邵麗如
印　　刷 / 韋懋印刷有限公司
經　銷　商 / 聯合發行股份有限公司
電話：(02)2917-8022　傳真：(02)2911-0053

■ 2023 年 05 月 10 日初版　　Printed in Taiwan

定價 360 元

Originally published as *Sharpening the Legal Mind: How to Think Like a Lawyer.*
Copyright © 2023 by Kim Heilbron. All rights reserved.
Complex Chinese translation copyright © 2023 by Business Weekly Publications, a division of Cité Publishing Ltd.
ALL RIGHTS RESERVED. 著作權所有，翻印必究

ISBN 978-626-318-655-2 (EPUB)

城邦讀書花園
www.cite.com.tw

法學院第一年的課程設計，主要是讓學生知道「如何像法律人一樣思考」，學習分析與推論技巧；這表示法律人有一套獨特的思考與共通的方法可以解決法律問題。

法律人面對的任務是：對特定的法律問題，什麼才是「正確的」解答？確認正確解答的適當方法是什麼？例如應否強制一個弱勢者履行一份對他極不公平的契約——這樣的法律思考不只困難，還讓人很糾結；司法裁判的過程經常是推論方式的選擇，也是人生立場的抉擇。

本書是一個對法學教育充滿熱忱的法學家之智慧集結，旨在幫助法學生瞭解他們即將進入的專業文化，亦有助對法律感興趣的大眾瞭解法律原則的脈絡，作者透過主題式探討，解釋法律人如何思考和傳授法律分析的概念與方法，結合文學、史學及哲學的豐富知識，闡述法思想史與法律詮釋方法，以及引發各種法律問題的社會力量。

像
法律人
一樣思考



法學院長寫給年輕人的
法學思辨與論理方法

元照出版 城邦讀書花園 建議陳列書區：法學教育・法理學