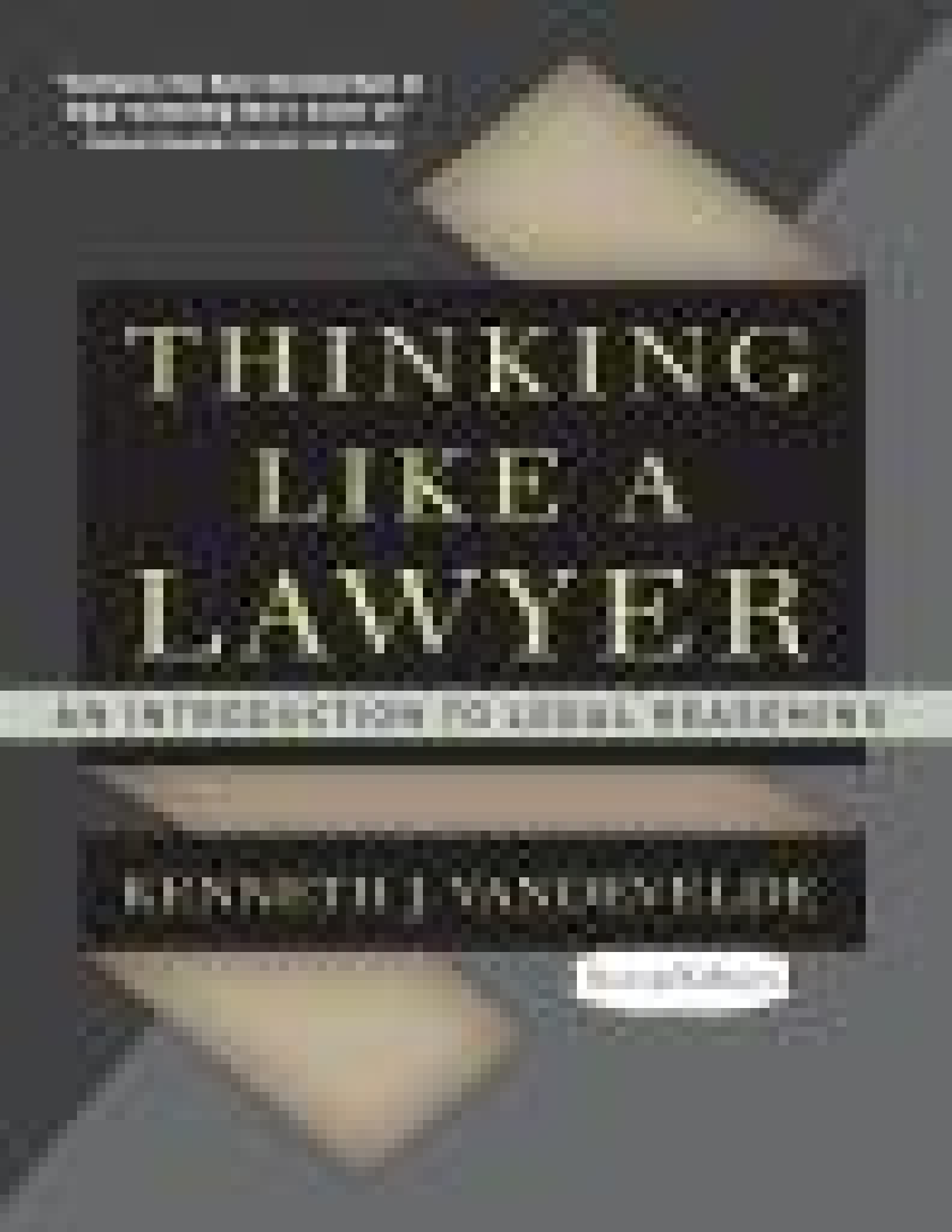
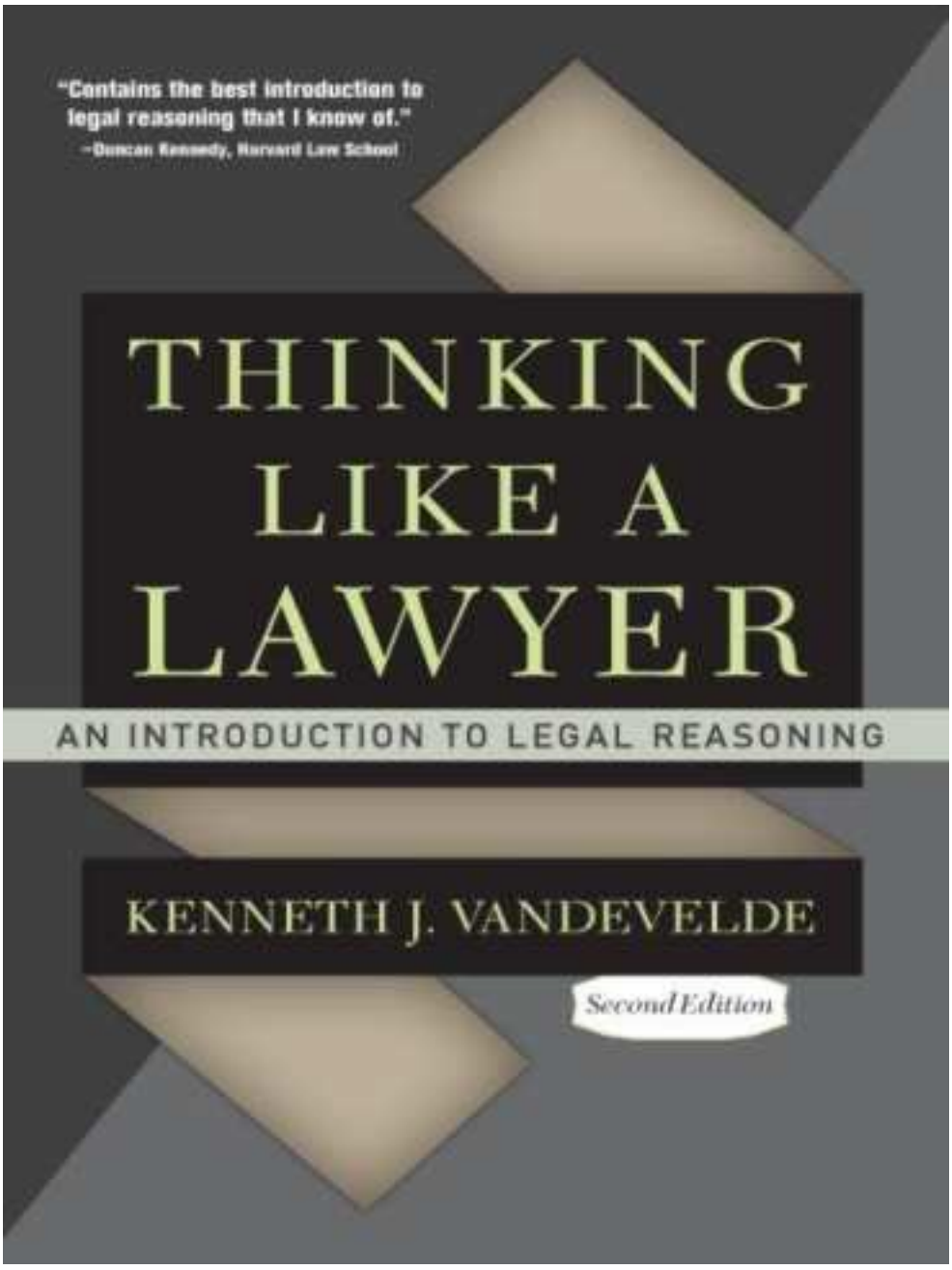

THINKING
LIKE A
LAWYER

Tabla de contenido

Pagina del titulo
Dedicación
Agradecimientos
Introducción
PRIMERA PARTE - Razonamiento jurídico básico
Capítulo 1 - IDENTIFICACIÓN DE LA LEY APLICABLE
I. LAS FUENTES DEL DERECHO AMERICANO
II. IDENTIFICAR LA LEY APLICABLE
Capítulo 2 - ANÁLISIS DE LA LEY
I. ANÁLISIS DE LOS ESTATUTOS
II. ANALIZANDO CASOS
III. ANÁLISIS DE DERECHOS Y DEBERES
Capítulo 3 - SINTETIZANDO LA LEY
I. REGLAS DE SINTETIZACIÓN: DE LO GENERAL A LO ESPECÍFICO
II. SINTETIZANDO UNA REGLA: DE LO ESPECÍFICO A LO GENERAL
Capítulo 4 - INVESTIGANDO LOS HECHOS
I. EL PAPEL DE LA INVESTIGACIÓN FACTUAL
II. LAS NORMAS DE LA INVESTIGACIÓN DE HECHOS
Capítulo 5 - APLICACIÓN DE LA LEY
I. DEDUCCIÓN
II. ANALOGÍA
III. COMPARANDO DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA
IV. DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA EN UN SISTEMA DE JURADO
V. EPÍLOGO: CAMBIO DE JURISPRUDENCIA
PARTE DOS - Razonamiento con políticas
Capítulo 6 - ANÁLISIS, SÍNTESIS Y APLICACIÓN DE POLÍTICAS
I. ANÁLISIS DE POLÍTICAS
II. SÍNTESIS DE POLÍTICAS
III. SOLICITUD DE POLÍTICA
Capítulo 7 - CONTRATOS
I. CONTRATO TRADICIONAL
II. DEPENDENCIA PERJUDICIAL
III. LA NATURALEZA DEL DEBER CONTRACTUAL
Capítulo 8 - AGRAVIOS
I. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AGRAVIOS
II. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO MODERNO DE AGRAVIOS
Capítulo 9 - DERECHO CONSTITUCIONAL
I. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
II. PODERES DEL GOBIERNO: FEDERALISMO
III. DERECHOS INDIVIDUALES
Capítulo 10 - PROCEDIMIENTO CIVIL

I. JURISDICCIÓN PERSONAL
II. MATERIA JURISDICCIÓN
PARTE TRES - Perspectivas sobre el razonamiento jurídico
Capítulo 11 - UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO
I. LOS ORÍGENES ILUSTRADOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO AMERICANO
II. FORMALISMO JURÍDICO
III. LA CRÍTICA DEL FORMALISMO JURÍDICO
IV. REALISMO JURÍDICO
V. RAZONAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO CONTEMPORÁNEO
Capítulo 12 - PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO
I. DERECHO Y ECONOMÍA
II. ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS
III. MOVIMIENTOS BASADOS EN LA IDENTIDAD
IV. LIBERALISMO
V. PRAGMATISMO
VI. CONCLUSIÓN
CONCLUSIÓN
APÉNDICE: PENSAR COMO UN ESTUDIANTE DE DERECHO
NOTAS
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA
ÍNDICE
La página de derechos de autor


"Contains the best introduction to legal reasoning that I know of."
–Duncan Kennedy, Harvard Law School
THINKING LIKE A LAWYER
AN INTRODUCTION TO LEGAL REASONING
KENNETH J. VANDEVELDE
Second Edition

THINKING LIKE A LAWYER

An Introduction to Legal Reasoning

SECOND EDITION

Kenneth J. Vandevelde

Thomas Jefferson School of Law



A MEMBER OF THE PERSEUS BOOKS GROUP

Tabla de contenido

Pagina del titulo
Dedicación
Agradecimientos
Introducción

PRIMERA PARTE - Razonamiento jurídico básico

Capítulo 1 - IDENTIFICACIÓN DE LA LEY APLICABLE
I. LAS FUENTES DEL DERECHO AMERICANO
II. IDENTIFICAR LA LEY APLICABLE
Capítulo 2 - ANÁLISIS DE LA LEY
I. ANÁLISIS DE LOS ESTATUTOS
II. ANALIZANDO CASOS
III. ANÁLISIS DE DERECHOS Y DEBERES
Capítulo 3 - SINTETIZANDO LA LEY
I. REGLAS DE SINTETIZACIÓN: DE LO GENERAL A LO ESPECÍFICO
II. SINTETIZANDO UNA REGLA: DE LO ESPECÍFICO A LO GENERAL
Capítulo 4 - INVESTIGANDO LOS HECHOS
I. EL PAPEL DE LA INVESTIGACIÓN FACTUAL
II. LAS NORMAS DE LA INVESTIGACIÓN DE HECHOS
Capítulo 5 - APLICACIÓN DE LA LEY
I. DEDUCCIÓN
II. ANALOGÍA
III. COMPARANDO DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA
IV. DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA EN UN SISTEMA DE JURADO
V. EPÍLOGO: CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

PARTE DOS - Razonamiento con políticas

Capítulo 6 - ANÁLISIS, SÍNTESIS Y APLICACIÓN DE POLÍTICAS
I. ANÁLISIS DE POLÍTICAS
II. SÍNTESIS DE POLÍTICAS

III. SOLICITUD DE POLÍTICA
Capítulo 7 - CONTRATOS
I. CONTRATO TRADICIONAL
II. DEPENDENCIA PERJUDICIAL
III. LA NATURALEZA DEL DEBER CONTRACTUAL
Capítulo 8 - AGRAVIOS
I. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AGRAVIOS
II. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO MODERNO DE AGRAVIOS
Capítulo 9 - DERECHO CONSTITUCIONAL
I. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
II. PODERES DEL GOBIERNO: FEDERALISMO
III. DERECHOS INDIVIDUALES
Capítulo 10 - PROCEDIMIENTO CIVIL
I. JURISDICCIÓN PERSONAL
II. MATERIA JURISDICCIÓN

PARTE TRES - Perspectivas sobre el razonamiento jurídico

Capítulo 11 - UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO
I. LOS ORÍGENES ILUSTRADOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO AMERICANO
II. FORMALISMO JURÍDICO
III. LA CRÍTICA DEL FORMALISMO JURÍDICO
IV. REALISMO JURÍDICO
V. RAZONAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO CONTEMPORÁNEO
Capítulo 12 - PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO
I. DERECHO Y ECONOMÍA
II. ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS
III. MOVIMIENTOS BASADOS EN LA IDENTIDAD
IV. LIBERALISMO
V. PRAGMATISMO
VI. CONCLUSIÓN

CONCLUSIÓN
APÉNDICE: PENSAR COMO UN ESTUDIANTE DE DERECHO
NOTAS
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA
ÍNDICE
La página de derechos de autor

Para Lidia, Jenny y Shelly

EXPRESIONES DE GRATITUD

La idea de este libro nació en la clase de responsabilidad civil del profesor Mort Horwitz durante mi primer año en la Facultad de Derecho de Harvard. La idea permaneció latente durante más de una década, hasta que me uní al cuerpo docente de la Facultad de Derecho de Whittier como profesor asistente de derecho. Un viaje de dos horas y media de ida y vuelta desde San Diego me dio tiempo para organizar mis pensamientos y comencé a escribir fragmentos de forma intermitente. El trabajo continuó después de que me mudé a la Facultad de Derecho Thomas Jefferson en San Diego, donde finalmente completé la primera edición del libro.

Es imposible recordar a todas aquellas personas cuyas ideas moldearon mi pensamiento durante los muchos años que transcurrieron entre la idea y la realización del proyecto. He enumerado en la bibliografía los trabajos que encontré particularmente interesantes o útiles. Gran parte de este libro se basa en lo que otros han escrito antes que yo, por lo que debo reconocer mi enorme deuda con la comunidad de académicos que trabajan en este campo.

Ciertamente, mis más profundas deudas de gratitud son con el profesor Horwitz, cuya brillante enseñanza estimuló mi incipiente interés por los análisis históricos y estructurales de la doctrina jurídica, y con el profesor Duncan Kennedy, quien alimentó esos mismos intereses con horas de provocativas conferencias y conversaciones y con su generosa compartiendo su extraordinario poder de perspicacia. Su influencia en mi pensamiento fue profunda y les debo más de lo que jamás sabrán. Ciertamente, sin ellos, este libro nunca se habría escrito.

Varios de mis antiguos alumnos de la Facultad de Derecho de Whittier tuvieron la amabilidad de leer el manuscrito hasta la primera edición y ofrecer sugerencias para hacer que el material fuera accesible para los estudiantes universitarios o principiantes en derecho. Son Jamie Batterman, Samantha Burris, Jan Buzanis, Debbie Deutsch, Kim Kirby y Tom Zimmerman. Agradezco a cada uno de ellos.

Debo agradecer también a mis colegas actuales y anteriores, Marybeth Herald, quienes leyeron y comentaron un borrador del manuscrito completo de la primera edición, y a Lydia Clougherty, Stephen Root y Ellen Waldman, quienes leyeron y comentaron varias partes de ese manuscrito. manuscrito. Para esta edición revisada, mis colegas Thom Golden y Anders Kaye brindaron asistencia en algunos de los puntos más finos de los contratos y las pruebas, respectivamente, mientras mis colegas Randy Grossman y Jeff Joseph leyeron y comentaron una parte del manuscrito. Por supuesto, todos ellos son completamente

inocentes de los numerosos errores que yo, los revisores y otros encontraremos en los próximos años.

En Westview Press, al escribir la primera edición tuve la gran suerte de contar con el aliento y el apoyo constantes de Spencer Carr, mientras que Toby Wahl me brindó un estímulo igualmente valioso para esta edición revisada. Los profesores Robert Gordon y Margaret Jane Radin, los editores de la serie en la que apareció por primera vez este libro, hicieron una contribución invaluable al producto final a través de sus sugerencias. Espero que sepan cuánto agradezco su ayuda y no crean que el esfuerzo fue en vano.

Finalmente, estoy profundamente agradecido a todos aquellos que leyeron o asignaron a sus alumnos la lectura de la primera edición de este libro. Sin su interés en el tema del razonamiento jurídico y su voluntad de pensar profundamente sobre el tema, los años de trabajo en este proyecto habrían sido en vano. Sólo gracias a usted he tenido la oportunidad de escribir esta edición revisada.

KENNETH J. VANDEVELDE

INTRODUCCIÓN

Las personas que han aprendido a pensar como abogados suelen hablar también como abogados, a menudo para gran disgusto de sus familiares y amigos. Sin embargo, muchos abogados hablan de esa manera porque encuentran que el razonamiento jurídico es tan poderoso que no pueden resistirse a pensar en casi todo de la misma manera que piensan en la ley. La paradoja, sin embargo, es que muy pocos abogados son conscientes de lo que significa pensar como abogado.

Aunque los abogados, profesores y estudiantes de derecho frecuentemente se refieren en sus conversaciones al proceso de “pensar como un abogado”, los intentos de analizar de manera sistemática lo que significa esa frase son raros. A los estudiantes de derecho se les puede decir que deben aprender a pensar como abogados, pero no se les dice exactamente qué significa eso. Este libro es un intento de definir esta elusiva frase y, más específicamente, de identificar las técnicas involucradas en pensar como un abogado.

I. CÓMO PIENSAN LOS ABOGADOS

La frase “pensar como un abogado” resume una forma de pensar que se caracteriza tanto por el objetivo que se persigue como por el método utilizado. El método se discutirá momentáneamente. El objetivo del pensamiento jurídico, que se aborda en primer lugar, es generalmente identificar los derechos y deberes que existen entre individuos o entidades particulares bajo un conjunto determinado de circunstancias.

Como ejemplo de la diferencia entre el pensamiento profano y el pensamiento jurídico, imaginemos que dos amigos (un abogado y un no abogado) están hablando de un periodista que prometió a un informante anonimato y luego publicó el nombre del informante. [1] La persona que no es abogado, asombrada por la conducta del periodista, puede decirle al abogado: “Él no puede hacer eso, ¿verdad?” La concepción de quienes no son abogados es que la ley le dice lo que usted “puede” o “no puede” hacer.

Los abogados rara vez piensan de esa manera, aunque en ocasiones pueden hablar en esos términos como una especie de abreviatura de un proceso de pensamiento más elaborado. En cambio, un abogado preguntaría: “¿El periodista ha incumplido algún deber legal para con el informante y, de ser así, qué derechos tiene el informante a recibir reparación del informante?” Es decir, el objetivo de un abogado es identificar los derechos y deberes que existen entre el denunciante y el informante en la situación descrita.

Como sugiere la ilustración, pensar como un abogado requiere esencialmente comenzar con una situación fáctica y, a través de algún proceso, llegar a una conclusión sobre los derechos y deberes de las personas o entidades involucradas en la situación. Pasemos ahora al método utilizado por los abogados: un método conocido como razonamiento jurídico.

Identificar los derechos y deberes de una persona específica requiere un proceso de razonamiento legal que incluye cinco pasos separados. Se pueden resumir brevemente de la siguiente manera: El abogado debe

1. identificar las fuentes de derecho aplicables, generalmente leyes y decisiones judiciales;
2. analizar estas fuentes de derecho para determinar las reglas de derecho aplicables y las políticas subyacentes a esas reglas;
3. sintetizar las normas jurídicas aplicables en una estructura coherente en la que las normas más específicas se agrupen bajo las más generales;
4. investigar los hechos disponibles; y
5. Aplicar la estructura de las reglas a los hechos para determinar los derechos o deberes creados por los hechos, utilizando las políticas subyacentes a las reglas para resolver los casos difíciles.

Un abogado puede realizar estos pasos en cualquiera de varios entornos diferentes. Un litigante puede recopilar hechos relacionados con eventos que ya han ocurrido para determinar si el cliente tiene ciertos derechos u obligaciones con respecto al adversario del cliente. A un abogado de negocios se le puede mostrar un contrato y pedirle asesoramiento

sobre los derechos y deberes que crea el contrato. En estos dos ejemplos, los hechos están fijados y la tarea del abogado es identificar las consecuencias jurídicas de esos hechos.

En otros casos, el proceso se invierte: ya se conoce la consecuencia jurídica deseada y la tarea del abogado es identificar los hechos que darían lugar a la consecuencia deseada. Un hombre de negocios puede decirle a su abogado, por ejemplo, que desea obtener el derecho a comprar mil aparatos por un dólar cada uno. La tarea del abogado ahora es crear un conjunto de eventos, como la negociación de un contrato, que darán lugar a ese derecho.

Los derechos y deberes que los abogados identifican a través del proceso de razonamiento legal son aquellos que creen que serían ejecutados por un tribunal de justicia. Independientemente de cuán convencido pueda estar un abogado de que *debe* existir un derecho o deber particular, si un tribunal no quiere hacer cumplir ese derecho o deber, entonces no existe en lo que respecta al sistema legal. El razonamiento jurídico, entonces, es esencialmente un proceso que intenta predecir o, en caso de litigio, influir en la decisión de un tribunal.

El lector notará dos conclusiones en particular que surgen de la discusión del razonamiento jurídico. En primer lugar, aunque el proceso de razonamiento jurídico en la forma está estructurado como si estuviera basado en la lógica, en realidad el razonamiento jurídico es imposible sin referencia a las políticas, es decir, los valores, que subyacen a la ley. En segundo lugar, estas políticas están en conflicto y, por lo tanto, el razonamiento jurídico requiere que uno emita juicios sobre qué políticas prevalecerán en circunstancias particulares.

Por estas razones, los abogados a menudo no pueden predecir con certeza cómo un tribunal decidirá una disputa. En esos casos, el razonamiento jurídico no puede hacer más que identificar algunos de los resultados posibles, sugerir los argumentos que pueden llevar a un tribunal a llegar a cada uno de estos resultados posibles y tal vez proporcionar alguna indicación de la probabilidad relativa de que ocurra cada resultado posible.

En resumen, el razonamiento jurídico no es un proceso de identificación de derechos y deberes con certeza consultando un conjunto de reglas. Más bien, el razonamiento jurídico es un proceso de construcción de argumentos de que un conjunto de reglas deben interpretarse para imponer ciertos derechos y deberes. Este proceso es más obvio en el caso de un abogado ante el tribunal, pero también caracteriza el trabajo de un abogado que estructura una transacción. En algunos casos, el argumento a favor de un resultado particular es tan convincente que ni siquiera será percibido como un argumento, sino simplemente como la aplicación obvia de la regla. En otros casos, los argumentos serán vigorosamente cuestionados, e incluso los abogados más capaces no estarán de acuerdo sobre qué argumento debería prevalecer. El razonamiento jurídico, sin embargo, es siempre una especie de argumento.[2]

II. EL PLAN DE ESTE LIBRO

Este libro es una introducción al proceso de utilizar el razonamiento jurídico para determinar los derechos y deberes de personas específicas en una situación determinada, es decir, expone el proceso de pensar como un abogado. Está dividido en tres partes.

La Parte 1, "Razonamiento jurídico básico", proporciona una introducción a los cinco pasos del proceso de razonamiento jurídico, y cada paso se trata en un capítulo separado. Está escrito desde la perspectiva de un profesional consciente de sí mismo y describe la versión ortodoxa del razonamiento jurídico dominante tal como lo practicaban los abogados estadounidenses a principios del siglo XXI, aunque no todos los abogados serían igualmente conscientes de utilizar todas las técnicas descritas. en la parte 1. Esta parte del libro debería ser de especial interés para un estudiante de derecho de primer año que busca un resumen sistemático y una explicación de las técnicas de razonamiento jurídico que encontrará en la facultad de derecho. También debería ser de interés para aquellos que no pretenden convertirse en abogados pero desean comprender las técnicas especiales utilizadas por los abogados para elaborar argumentos sobre la aplicación de la ley.

La Parte 2, "Razonamiento con políticas", comienza con el capítulo 6, que desarrolla un enfoque sistemático para el análisis, síntesis y aplicación de las políticas con las que el abogado construye argumentos jurídicos. A pesar de la importancia de los juicios políticos para el razonamiento jurídico, los abogados no cuentan con un método ampliamente reconocido para utilizar las políticas en el razonamiento jurídico. A los abogados se les enseña a apoyar una interpretación particular de la ley argumentando que su interpretación preferida sería consistente con una política pública sólida, pero no tienen una forma prescrita de construir tales argumentos. El capítulo 6 busca sistematizar los argumentos de política. Sugiere formas de identificar políticas relevantes y establecer relaciones entre políticas que ayudarán a construir argumentos. Los capítulos 7 a 10 demuestran cómo las ideas de este libro, pero más específicamente las ideas sobre cómo razonar con las políticas, se reflejan en cuatro áreas diferentes del derecho (contratos, daños, derecho constitucional y procedimiento civil), cada una de las cuales se trata en un capítulo aparte. Estos capítulos no pretenden constituir un resumen completo del derecho en ningún área en particular, sino ilustrar una forma de pensar sobre cada tema, hacer más concretas algunas de las ideas abstractas del libro y demostrar que las mismas técnicas de derecho El razonamiento se aplica a todas las áreas del derecho.

Mientras que la parte 1 explica el enfoque ortodoxo del razonamiento jurídico tal como se enseña en todas las facultades de derecho estadounidenses, la parte 2 es innovadora en muchos aspectos y debe mucho a ideas recientes del pensamiento jurídico contemporáneo (que se describe con mayor detalle en la parte 3). Se espera que el lector encuentre la segunda parte esclarecedora, provocativa y, en última instancia, útil. Sin embargo, no se afirma que el contenido de la parte 2 represente algún tipo de visión consensuada sobre cómo piensan los abogados sobre la política; no existe una opinión de consenso. La Parte 2,

sin embargo, debería ser útil para cualquiera interesado en las políticas que subyacen al derecho o en la forma en que los abogados utilizan las políticas para construir argumentos.
La Parte 3, "Perspectivas sobre el razonamiento jurídico", consta de dos capítulos destinados a situar el proceso de razonamiento jurídico en un contexto histórico. El capítulo 11 rastrea los orígenes del modelo contemporáneo de razonamiento jurídico. El propósito de la discusión es explicar cómo el razonamiento jurídico dominante llegó a ser visto como una mezcla distintiva de lógica y juicio y presentar al lector algunos de los problemas generados por este método de resolución de disputas legales. El capítulo 12 describe algunas críticas contemporáneas al razonamiento jurídico dominante. Como se verá, muchas de estas críticas no están de acuerdo entre sí y todas ellas son controvertidas en diversos aspectos. Pocas de estas críticas han alterado de manera profunda el razonamiento jurídico dominante, pero algunas de sus ideas han influido en la práctica del derecho y todas ellas enriquecen de alguna manera nuestra comprensión del razonamiento jurídico, aunque sólo sea para identificar formas en las que no puede o debe. no se hará. La Parte 3 debería ser de especial interés para aquellos que desean saber no sólo cómo piensan los abogados sino también por qué piensan de esa manera y si deberían pensar de otra manera.

III. PENSAR COMO UN ESTUDIANTE DE DERECHO

Desde que apareció la primera edición de este libro, he escuchado de muchos que lo leyeron porque tenían curiosidad sobre la naturaleza de la ley o porque era un texto obligatorio en un curso de estudio universitario. Sin embargo, muchos de los que leen este libro son estudiantes que se preparan para ingresar o ya están matriculados en el primer año de la facultad de derecho.

A los estudiantes de derecho invariablemente se les dice que el propósito de la facultad de derecho es enseñarles a pensar como abogados. Por lo tanto, las habilidades que se enseñan en este libro se encuentran entre las más importantes y necesarias no sólo para sobrevivir sino también para sobresalir en la facultad de derecho. Por esta razón, he incluido en esta edición revisada un apéndice que describe para estudiantes de derecho nuevos y potenciales las formas en que se enseñan las habilidades de razonamiento jurídico en la facultad de derecho, particularmente durante el primer año, y explica cómo los estudiantes pueden usar este libro para desarrollar esas habilidades.

PARTE UNO

Razonamiento jurídico básico

1

IDENTIFICAR LA LEY APLICABLE

El primer paso en el razonamiento jurídico es identificar la ley que es potencialmente aplicable a una situación particular. El derecho es generalmente de dos tipos.

Un tipo es la jurisprudencia o, como a veces se la denomina en los tribunales estadounidenses, “derecho consuetudinario”. Esta es una ley creada por un tribunal con el propósito de decidir una disputa específica. La jurisprudencia la anuncia un tribunal en el dictamen escrito en el que decide el litigio. Según la doctrina del stare decisis, analizada detalladamente en el capítulo 2, una decisión judicial es vinculante para futuros tribunales que decidan casos similares. Es decir, los casos posteriores deben decidirse de manera coherente con los casos anteriores, que se conocen como precedentes.

El otro tipo es la ley promulgada. Consiste en leyes adoptadas, generalmente por una legislatura u otro organismo electo, no para decidir una disputa única sino para crear reglas generales de conducta. La ley promulgada rige a todas las personas sujetas al poder del gobierno en todas las situaciones futuras en las que se aplique la norma contenida en sus términos. La ley promulgada incluye, por ejemplo, constituciones, estatutos, tratados, órdenes ejecutivas y reglamentos administrativos. En aras de la brevedad, aquí a menudo nos referimos colectivamente a las diferentes formas de leyes promulgadas como estatutos.
Dos diferencias entre la jurisprudencia y la ley promulgada son de particular importancia para el proceso de razonamiento jurídico. En primer lugar, la ley promulgada vincula a los tribunales. Sin embargo, un tribunal puede modificar la jurisprudencia con justificación suficiente.[1] En segundo lugar, la ley promulgada está redactada en un lenguaje autorizado; es decir, las palabras precisas de una norma jurídica promulgada son claras y fijas hasta el momento en que el órgano promulgante las modifica. Por el contrario, la jurisprudencia a menudo no puede plasmarse en una única formulación autorizada y no controvertida. Más bien, los abogados a veces no están de acuerdo entre ellos sobre la ley establecida para un caso particular. El resultado de estas diferencias es que la aplicación de la jurisprudencia es considerablemente más flexible que la aplicación de la ley promulgada. Como se verá, un tribunal frecuentemente puede manipular el lenguaje de una norma de un caso o incluso anular el caso por completo, mientras que el lenguaje de la ley promulgada está sujeto a interpretación judicial pero no puede ser manipulado o modificado por el tribunal. Esto significa que la aplicación de la ley promulgada tiende a implicar principalmente la interpretación del texto de la ley, mientras que la aplicación de la jurisprudencia puede implicar refinamientos sutiles de disposiciones anteriores de la ley, la introducción de nuevas calificaciones o excepciones, o el rechazo total. de un Estado de derecho bien establecido.
Como se analiza en este capítulo y en posteriores, el método mediante el cual el abogado identifica, analiza, sintetiza y aplica tanto la jurisprudencia como la ley promulgada depende de qué entidad gubernamental crea la ley. Así, este capítulo comienza con una muy breve introducción a las fuentes del derecho estadounidense, centrándose en el papel de cada entidad gubernamental en la producción de un tipo particular de derecho, con especial énfasis en el poder judicial. Después de esa introducción, la discusión gira hacia su principal preocupación: el proceso de identificación de normas de derecho potencialmente aplicables.

I. LAS FUENTES DEL DERECHO AMERICANO

Los abogados organizan la ley por materia. Una distinción muy básica es entre derecho público y derecho privado. El derecho público prescribe los derechos, deberes y otras relaciones jurídicas que existen entre entidades gubernamentales o entre el gobierno y particulares. El derecho privado prescribe los derechos, deberes y otras relaciones jurídicas que existen entre personas privadas. En ambas definiciones, el término *persona* incluye corporaciones y otras entidades que la ley reconoce con personalidad jurídica.

Ejemplos de derecho público incluyen el derecho constitucional y el derecho penal. Por ejemplo, cuando se comete un delito, el autor es procesado por el Estado, y no por particulares, porque el deber que impone el derecho penal es hacia el Estado.

Ejemplos de derecho privado incluyen contratos y agravios. Las relaciones jurídicas creadas por estos cuerpos de derecho existen entre personas privadas. Si se incumple un contrato, la parte perjudicada por el incumplimiento, y no el Estado, demanda a la parte que incumplió porque el deber contractual es para con la otra parte del contrato.

Los abogados también distinguen entre derecho sustantivo y derecho procesal. El derecho sustantivo es el conjunto de normas que crean derechos, deberes y otras relaciones jurídicas. El derecho procesal, aunque técnicamente crea varios tipos de relaciones jurídicas, aborda la manera en que se hace cumplir el derecho sustantivo a través de los tribunales. Las normas procesales aplicables en los casos penales generalmente son diferentes de las aplicables en los casos civiles.

Ninguna de estas distinciones es completamente clara. Todos ellos simplifican demasiado hasta cierto punto. Por ejemplo, el derecho procesal da forma al derecho sustantivo. Una antigua máxima del derecho sostiene que “donde no hay remedio, no hay derecho”. Podría decirse que decir que tengo cierto derecho es una afirmación insignificante a menos que pueda hacer cumplir ese derecho en los tribunales. Por tanto, una relación jurídica creada por el derecho sustantivo tiene importancia práctica sólo en la medida en que pueda hacerse cumplir mediante el derecho procesal. Estas distinciones deben matizarse también de otras maneras. Por ejemplo, como se verá en los capítulos 7 y 8, ciertas reglas contractuales funcionan en gran medida como reglas de daños, mientras que ciertas reglas de daños parecen basarse en principios contractuales.

Aunque estas categorías son herramientas útiles para organizar grandes cuerpos de derecho, tienen una importancia limitada para el tema de este libro, el proceso de razonamiento jurídico. El razonamiento jurídico funciona prácticamente de la misma manera, ya sea que el derecho sea público o privado, sustantivo o procesal.

Algunas formas de clasificar el derecho son importantes para comprender el proceso de razonamiento jurídico. Pasamos a ellos ahora.

A. Ley promulgada

La ley suprema del sistema jurídico estadounidense es la Constitución de los Estados Unidos, que establece principios jurídicos vinculantes para todas las ramas de los gobiernos federal y estatal. La Constitución fue redactada en 1787 por una convención en Filadelfia y fue ratificada por cada uno de los estados. La Constitución comienza con las palabras "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos" y pretende haber sido adoptada directamente por el pueblo, a quien se considera la fuente suprema del derecho en los Estados Unidos.

La Constitución establece tres poderes del gobierno federal: legislativo, ejecutivo y judicial. Los poderes legislativo y ejecutivo producen leyes promulgadas y se analizan en esta subsección. El poder judicial produce jurisprudencia y se discutirá en la siguiente subsección.

Cada uno de los cincuenta estados tiene una constitución que establece un gobierno tripartito similar. Cada estado tiene una legislatura, un poder ejecutivo encabezado por un gobernador y un poder judicial encabezado por un tribunal de apelaciones, generalmente llamado tribunal supremo. Estas entidades estatales funcionan de manera similar a sus contrapartes federales, pero están sujetas a la constitución estatal así como a la Constitución de los Estados Unidos. En aras de la brevedad, la discusión sobre el papel de cada poder en la creación de leyes se referirá principalmente al gobierno federal.

1. EL PROCESO LEGISLATIVO

El poder legislativo federal es el Congreso, cuyos miembros son elegidos por el pueblo y que está facultado por la Constitución para promulgar leyes que rigen diversos temas de interés federal, como el comercio interestatal y la defensa nacional. El Congreso está formado por el Senado, en el que cada estado está representado por dos senadores, y la Cámara de Representantes, cuyos miembros representan distritos de población aproximadamente igual. Por tanto, el número de representantes de cada estado es proporcional a su población. Un senador sirve por seis años, mientras que un representante sirve por dos. Ambos podrán ser reelegidos por un número indefinido de veces.

Siempre que un estatuto del Congreso sea coherente con la Constitución, ese estatuto vincula a todas las personas sujetas a las leyes de los Estados Unidos. Además, según la doctrina de la separación de poderes, el poder legislativo es el poder legislativo y, por tanto, los poderes ejecutivo y judicial están obligados a aplicar y hacer cumplir los estatutos promulgados por el Congreso.

La promulgación de legislación comienza cuando un senador o representante presenta un proyecto de ley, esencialmente una propuesta de promulgación legislativa. A menudo, un proyecto de ley es presentado por varias personas, conocidas como "patrocinadores" de la legislación. Después de proponer un proyecto de ley, se le asigna un número, se imprime y, por lo general, se remite a uno de los muchos comités para su consideración. Cada comité

tiene jurisdicción sobre la legislación relativa a determinados temas. Por ejemplo, la legislación relativa a las relaciones internacionales se remite a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado y a la Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara. En ocasiones, un proyecto de ley se remite a más de un comité.

Si el proyecto de ley es de suficiente importancia, es probable que el comité celebre audiencias en las que se invite a personas interesadas, denominadas testigos, a testificar sobre la legislación. Quienes no sean invitados a testificar en persona podrán presentar comentarios por escrito. Las audiencias generalmente se transcriben y cualquier comentario escrito se incluye con la transcripción. Antes de tomar medidas, el comité celebra una sesión de revisión, en la que es probable que se modifique el proyecto de ley para tener en cuenta las sugerencias u objeciones de los miembros del comité. Las sesiones de anotación no se transcriben y, por lo tanto, el registro a menudo guarda silencio con respecto a las razones por las que se realizaron varios cambios en el lenguaje del proyecto de ley. Luego, el comité vota si se debe informar el proyecto de ley al pleno. Si el comité vota para informar el proyecto de ley, el personal del comité preparará un informe explicando la legislación.

A continuación, el proyecto de ley se debate y luego se vota en el pleno. Estos debates se transcriben y publican en el *Congressional Record* . Los miembros que no estén presentes en el debate podrán insertar sus comentarios en el acta, aunque el acta identificará que estos comentarios no se han pronunciado en la sala. Durante el debate, los miembros podrán proponer enmiendas, que serán votadas antes de que los miembros voten sobre el proyecto de ley en sí.

El proceso es similar tanto en el Senado como en la Cámara. Suponiendo que un proyecto de ley sea aprobado por ambas cámaras, probablemente habrá sido modificado para que las versiones adoptadas sean diferentes. En consecuencia, cada cámara nombra miembros de un comité conferencia, que se reúne para redactar una versión de compromiso y un informe que explique el compromiso. Suponiendo que ambas cámaras aprueben el compromiso sin cambios, la legislación se presentará al presidente.

El presidente puede firmar el proyecto de ley, en cuyo caso se convierte en ley. Alternativamente, puede vetar el proyecto de ley, en cuyo caso el proyecto de ley sólo se convertirá en ley si dos tercios de ambas cámaras votan para anular el veto. El presidente tampoco puede hacer nada, en cuyo caso el proyecto de ley se convertirá en ley sin firma, a menos que el Congreso haya levantado la sesión. Si el Congreso ha suspendido la sesión, entonces el proyecto de ley no se convierte en ley por la inacción presidencial. En el momento en que firman una legislación, los presidentes a veces ofrecen comentarios, conocidos como declaraciones de firma, sobre su interpretación de la legislación.

2. EL PROCESO ADMINISTRATIVO

El poder ejecutivo está encabezado por un presidente electo y está compuesto por varias agencias responsables ante el presidente, como el Departamento de Estado, el

Departamento de Justicia y el Departamento de Defensa. La Constitución faculta al poder ejecutivo para administrar y hacer cumplir los estatutos promulgados por el Congreso.

A medida que el mundo se ha vuelto más complejo y la función del gobierno más expansiva, el Congreso ha promulgado cada vez más estatutos que establecen sólo principios legales muy generales y ha delegado a diversas agencias la autoridad para adoptar regulaciones más específicas consistentes con los estatutos. Estos reglamentos administrativos definen los términos de los estatutos y describen cómo se aplican a tipos particulares de situaciones. La razón es que el Congreso no tiene los recursos, como el tiempo y la experiencia, para redactar una legislación detallada.

Entre los organismos del gobierno federal se encuentran varios llamados organismos independientes, que se crean por ley y cuyos miembros son nombrados por el presidente. Los ejemplos incluyen la Comisión Federal de Comunicaciones, la Comisión de Bolsa y Valores y la Comisión Federal de Comercio. Estos organismos se consideran independientes porque sus miembros generalmente son nombrados por un período fijo y, a diferencia de los jefes de los organismos del poder ejecutivo, no pueden ser destituidos a discreción del presidente.

Las regulaciones federales generalmente se adoptan mediante un proceso de notificación y comentarios. Se publica una propuesta de reglamento en el *Registro Federal* y se proporciona a todas las personas interesadas un plazo para presentar comentarios por escrito. Al finalizar el plazo, la agencia podrá adoptar el reglamento, aunque deberá responder a las observaciones presentadas. Un tribunal puede anular las regulaciones federales si son contrarias a la legislación o si son “arbitrarias y caprichosas”.

Los organismos administrativos a menudo tienen la autoridad no sólo para emitir reglamentos administrativos sino también para hacer cumplir esos reglamentos mediante procedimientos que se asemejan al proceso judicial y, al igual que los procedimientos judiciales, dan lugar a jurisprudencia. [2] Los resultados de estos procedimientos también están sujetos a revisión judicial. Sin embargo, los tribunales generalmente sostienen que ceden ante la interpretación de una ley por parte de la agencia responsable de administrarla, basándose en la mayor experiencia de la agencia.

B. Jurisprudencia

El poder judicial federal está formado por los tribunales federales. Los jueces de los tribunales federales son nombrados por el presidente, sujeto al consejo y consentimiento del Senado. Para garantizar su independencia de los demás poderes, los jueces federales son nombrados de por vida. Los jueces de los tribunales estatales en algunos casos son nombrados por el gobernador y en otros casos son elegidos.

Los tribunales resuelven disputas relativas a la aplicación de la ley a situaciones fácticas particulares. En muchos casos, la ley que se aplica es la ley promulgada. Sin embargo, los tribunales también tienen autoridad para crear leyes, conocidas como derecho consuetudinario, para decidir disputas.

Bajo el sistema jurídico inglés, en el que se basa el sistema estadounidense, los tribunales estaban facultados para crear normas jurídicas para decidir las disputas que se les presentaban. Por ejemplo, originalmente, la ley que regía los contratos y los daños no fue promulgada por ley sino creada por los tribunales. La ley se llamó derecho consuetudinario porque era común a todo el ámbito y se distinguía del derecho local.

Después de la Revolución Americana, los estados individuales incorporaron el derecho consuetudinario inglés al derecho estatal, ya sea mediante una disposición de la constitución estatal, mediante un estatuto conocido como estatuto de recepción o mediante una declaración judicial. Los tribunales estatales que deciden disputas aplican, por tanto, el derecho consuetudinario y el derecho escrito. Según la doctrina de separación de poderes, mencionada anteriormente, una legislatura estatal tiene el poder de modificar el derecho consuetudinario de ese estado en cualquier momento. Los tribunales estatales también pueden modificar el derecho consuetudinario de su estado. Por tanto, el derecho consuetudinario continúa evolucionando y su sustancia varía de un estado a otro.

El Congreso no promulgó el equivalente a un estatuto federal de recepción. Sin embargo, aprobó la Ley de Decisión de Reglas, que establece que los tribunales federales aplicarán la ley *estatal* , excepto cuando la Constitución, los tratados o los estatutos federales exijan lo contrario. [3] Además, la Corte Suprema sostuvo en 1938, en el famoso caso *Erie RR Co. v. Tompkins,* que los tribunales federales no tienen la autoridad constitucional para crear un derecho consuetudinario federal general. [4]

Como resultado de la Ley de Decisión de Reglas y la decisión *de Erie* , no existe un derecho consuetudinario federal general, aunque los tribunales federales crean un derecho consuetudinario federal en dos situaciones. En primer lugar, los tribunales federales crean el derecho consuetudinario federal sobre unos pocos temas, como los asuntos exteriores, que son responsabilidad del gobierno federal según la Constitución. En segundo lugar, los tribunales federales crean lo que a veces se denomina “derecho consuetudinario intersticial”, que es un conjunto de decisiones judiciales que interpretan y aplican estatutos federales.

Los tribunales federales también crean normas de derecho consuetudinario en los casos en que aplican la ley estatal. En tales casos, sin embargo, están creando un derecho

consuetudinario estatal, no un derecho consuetudinario federal. Cuando un tribunal federal aplica la ley estatal, se espera que la aplique de la misma manera que lo haría un tribunal estatal.

Debido a que gran parte del proceso de razonamiento jurídico implica un análisis cuidadoso de las decisiones judiciales, es necesaria una descripción algo detallada del funcionamiento del poder judicial. Para evitar una complejidad innecesaria, la atención se centra aquí en el sistema judicial federal. Los tribunales estatales generalmente funcionan de la misma manera, aunque los tribunales estatales pueden tener nombres diferentes a los federales.

1. EL TRIBUNAL DE DISTRITO

a. Llevar una disputa ante el tribunal

El propósito de una decisión judicial es resolver disputas legales. Inicialmente, las disputas se llevan ante los tribunales de primera instancia, que en el sistema federal se conocen en la mayoría de los casos como tribunales de distrito. Los tribunales en los que se presentan las reclamaciones por primera vez se describen generalmente como tribunales de "jurisdicción original" o tribunales de "primera instancia".

En un caso civil, el demandante inicia una disputa presentando una demanda contra el demandado. [5] Antes de presentar una demanda, el demandante debe determinar en qué tribunal debe presentarla. La denuncia sólo podrá presentarse ante un tribunal que cumpla tres criterios. En primer lugar, el tribunal debe tener jurisdicción sobre la materia, es decir, debe haber sido autorizado para conocer ese tipo de demanda. [6] Los tribunales de distrito federal, por ejemplo, están autorizados a conocer principalmente de dos tipos de demandas: las que surgen de la ley federal y las que involucran disputas entre ciudadanos de diferentes estados. En segundo lugar, el tribunal debe tener jurisdicción personal sobre el acusado. En términos muy generales, esto significa que el demandado debe tener algún tipo de contacto con el territorio en el que se encuentra el tribunal. [7] En tercer lugar, el lugar de competencia debe ser el distrito donde se encuentra el tribunal. Los sistemas judiciales adoptan las reglas de competencia para garantizar que los casos se juzguen en un lugar geográficamente apropiado, si existe. Por ejemplo, si un litigio involucra terrenos, las reglas de competencia generalmente exigen que el caso se juzgue en el distrito donde se encuentra el terreno.

La demanda alega hechos que el demandante cree que son ciertos y que el demandante cree que le dan derecho a algún recurso por parte del tribunal, generalmente una orden de que el demandado pague una compensación al demandante, que el demandado tome alguna medida o que el demandado se abstenga de hacerlo. de tomar alguna acción. Por ejemplo, el demandante puede alegar que el demandado incumplió un contrato con el demandante. El demandante puede exigir una indemnización o puede exigir una orden para que se exija al demandado que cumpla el contrato según lo prometido. El demandante

debe entregar una copia de la demanda al demandado (en terminología legal, “notificada”) al demandado.

El demandado responde mediante moción o presentando una contestación.[8] El demandado generalmente responde mediante una moción si el demandante ha elegido el tribunal equivocado, en cuyo caso el demandado presenta una moción de desestimación por falta de jurisdicción o lugar inadecuado. El demandado también puede responder mediante una moción si cree que el demandante no tiene ningún reclamo legal, incluso suponiendo que todas las alegaciones fácticas del demandante sean ciertas. En esa situación, el demandado presenta una moción por no presentar un reclamo sobre el cual se puede otorgar reparación.

Suponiendo que el demandado no presenta una moción o que el tribunal la deniega, el demandado debe presentar una respuesta. La respuesta debe responder a cada alegato en la demanda de una de tres maneras: admitir el alegato, negar el alegato o indicar que el acusado no tiene información suficiente para admitir o negar el alegato. La respuesta también incluye defensas afirmativas, es decir, defensas basadas en algún hecho distinto de la negación de las alegaciones del demandante. Por ejemplo, si el demandante alega un incumplimiento de contrato, el demandado puede alegar como defensa afirmativa que el contrato es nulo porque fue inducido por fraude. El demandado podrá creer que el demandante es responsable ante él y, en caso afirmativo, podrá incluir con su contestación una o más reconvenciones contra el demandante. Si el demandado presenta reconvenciones contra el demandante, el demandante debe presentar ante el tribunal una respuesta, esencialmente la respuesta del demandante a las reconvenciones.

Por supuesto, el demandante puede haber demandado a más de un demandado. Quizás el contrato del demandante era con varias partes y el demandante cree que todas ellas incumplieron el contrato. De ser así, estos demandados pueden tener demandas entre sí, conocidas como demandas cruzadas. Estas contrademandas también pueden incluirse en la contestación y, de ser así, requieren una respuesta de los demás demandados. En algunos casos, se pueden agregar otras partes al litigio, aunque las reglas que rigen qué personas adicionales y qué reclamaciones adicionales pueden incluirse en un solo caso son demasiado complejas para resumirlas aquí.

Los diversos documentos que exponen o contestan reclamaciones se conocen como alegatos. El propósito de los alegatos es esencialmente dar a cada parte conocimiento de las alegaciones de la otra parte. Se supone que los alegatos definen la disputa. En realidad, no siempre cumplen muy bien esa función. Los demandantes a menudo alegan hechos que nunca se esforzarán seriamente en probar, pero que pretenden presentar al demandado de la peor manera posible. Los acusados generalmente admiten lo menos posible.

Una vez presentados los alegatos, las partes pasan a una fase del litigio conocida como descubrimiento. En el descubrimiento, cada parte obtiene información sobre los reclamos de la otra parte. El descubrimiento adopta varias formas. Una parte puede enviar a otra parte interrogatorios, es decir, preguntas escritas que la otra parte debe responder. Por ejemplo, un interrogatorio realizado por el demandado puede pedirle al demandante que indique los hechos que cree que prueban que el demandado violó el contrato. Una parte

puede enviar a otra parte una solicitud de admisión, es decir, una solicitud para que la otra parte admita algún hecho a los efectos del litigio. Por ejemplo, el demandante puede pedirle al demandado que admita que las dos partes celebraron un contrato. Una parte puede enviar a otra parte una solicitud de presentación de documentos o cosas. Por ejemplo, el demandado puede solicitar que el demandante le envíe una copia del contrato que supuestamente ha violado o una copia de toda la correspondencia entre las partes relacionada con el contrato. Una parte puede tomar la declaración de un testigo (que puede ser una de las partes). Una deposición es un procedimiento que ocurre fuera del tribunal en el que los abogados de las partes interrogan a un testigo bajo juramento ante un taquígrafo judicial, quien transcribe las preguntas y respuestas. Por lo general, el abogado de cada parte toma la declaración de testigos importantes que probablemente testifiquen ante el tribunal en nombre de la parte contraria.

El descubrimiento tiene dos propósitos. En primer lugar, informa a cada parte sobre los hechos que posee la otra parte y sobre los argumentos presentados por la otra parte y, por lo tanto, define la disputa con mayor precisión que los alegatos. Es decir, durante el descubrimiento cada abogado descubre lo que probablemente la otra parte va a argumentar en el juicio. Esto permite a cada parte evaluar la solidez del caso para cada parte, lo que permite a cada parte evaluar si se debe hacer o aceptar una oferta de acuerdo. Aunque la gran mayoría de los casos se resuelven, si no se llega a un acuerdo, la información también ayuda a cada parte a preparar su propio caso para el juicio. Un segundo propósito del descubrimiento de pruebas es evitar que una parte cambie sus argumentos en el juicio. En otras palabras, al evaluar la solidez de las pruebas que respaldan los reclamos de cada parte, el abogado puede esperar que, en su mayor parte, las pruebas en el juicio serán las mismas que las aducidas durante el descubrimiento. Por ejemplo, todos los documentos clave habrán sido intercambiados entre las partes y probablemente cada parte habrá admitido que los documentos son auténticos. Además, todos los testigos clave habrán sido depuestos. Si testifican en el juicio de manera diferente que durante la declaración, cualquier abogado puede llamar la atención sobre el hecho de que el testigo testificó bajo juramento de manera diferente antes del juicio y, por lo tanto, dañar o destruir la credibilidad del testigo.

No se debe exagerar el grado en que el descubrimiento elimina el elemento sorpresa de un juicio. Por ejemplo, los testigos a menudo brindan testimonios que son diferentes en algunos aspectos de su testimonio en la deposición. Su memoria puede haber cambiado, tal vez porque pensaron más en el asunto después de la declaración, o la pregunta formulada en el juicio puede estar redactada de manera diferente a la formulada en la declaración, lo que provocó que el testigo respondiera de manera diferente.

Suponiendo que la disputa no se resuelva, se decidirá ya sea a petición de una de las partes o mediante juicio. Antes de proceder a una discusión sobre cómo se resuelven las disputas, es necesario identificar con mayor precisión los tipos de cuestiones que deben resolverse para decidir una disputa.

Resolver una disputa requiere que el tribunal decida tres cosas: primero, cuáles fueron los hechos que dieron origen a la disputa; segundo, qué leyes gobiernan esos hechos; y tercero,

cómo se aplica la ley a los hechos. Al aplicar la ley a los hechos, el tribunal determina los derechos y deberes que existen entre las partes según la ley y con ello resuelve la disputa.
Las partes en una disputa suelen tener un número considerable de áreas de acuerdo. Casi siempre están de acuerdo en muchos de los hechos subyacentes a la disputa y a menudo están de acuerdo en gran parte o en toda la ley. Con frecuencia, el núcleo de la disputa se refiere a cómo se aplica la ley a los hechos.
Todo aquello en lo que las partes no estén de acuerdo, suponiendo que sea relevante para resolver la disputa, se pone en cuestión. Así, en el razonamiento jurídico, una cuestión es simplemente una cuestión que debe decidirse. El tribunal resuelve una disputa identificando los problemas y luego resolviendolos.

b. Identificar problemas

Como se ha visto, las cuestiones o cuestiones que pueden presentarse ante un tribunal son de tres tipos: cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y cuestiones que requieren la aplicación de la ley a los hechos.
Todas las cuestiones de hecho plantean esencialmente la misma pregunta básica: ¿cuál es la situación a la que se debe aplicar la ley? En otras palabras, ¿qué acontecimientos han ocurrido para crear la disputa?
Las cuestiones de derecho también plantean esencialmente una pregunta básica: ¿cuáles son las normas de derecho que rigen esta disputa?
Las cuestiones que requieren la aplicación de la ley a los hechos plantean de manera similar una pregunta general: ¿qué derechos o deberes existen entre las partes según la ley aplicable en esta situación? Estas cuestiones a veces se denominan cuestiones mixtas de hecho y de derecho.
Una única disputa puede presentar los tres tipos de cuestiones o cualquier combinación de ellas. Por ejemplo, supongamos que un hombre demanda a un médico alegando que ella fue negligente al no administrarle una prueba de diagnóstico particular y que, como resultado, sufrió lesiones tres años después que se habrían evitado si su enfermedad se hubiera diagnosticado antes.
El médico puede cuestionar algunas de las alegaciones fácticas del demandante. Puede plantear, por ejemplo, cuestiones como si la prueba de diagnóstico habría revelado realmente que el paciente padecía la enfermedad y si la enfermedad habría sido menos perjudicial si se hubiera descubierto antes.
Las partes también pueden estar en desacuerdo sobre la ley aplicable. Por ejemplo, el médico puede plantear como cuestión de derecho si el estatuto de limitaciones para demandas por negligencia contra un médico exige que la reclamación se presente dentro de los dos años siguientes al momento en que ocurrió la negligencia o dentro de los dos años siguientes al momento en que ocurrió la *negligencia* . fue *descubierto.* Si la ley exige que el reclamo se presente dentro de los dos años posteriores al momento en que ocurrió la negligencia, entonces el paciente no tendría derecho a una compensación por parte del médico.

Además, las partes pueden estar en desacuerdo sobre la aplicación de la ley a los hechos. Por ejemplo, las partes pueden presentar ante el tribunal como una cuestión mixta de derecho y de hecho la cuestión de si el hecho de que el médico no administrara la prueba constituyó negligencia. Esta es una cuestión mixta de hecho y de derecho porque requiere que el tribunal aplique la definición legal de negligencia a los hechos para determinar si la conducta del médico constituyó negligencia. Si el médico no fue negligente, el paciente no tiene derecho a indemnización.

C. Decidir cuestiones

Determinar en qué categoría cae una cuestión es fundamental porque determina quién decide la cuestión en el juicio y hasta qué punto la cuestión puede revisarse en apelación. Esta subsección presenta una discusión sobre cómo el tribunal de distrito decide cada tipo de cuestión. La siguiente subsección establece cómo se revisa cada tipo de cuestión en la apelación.

Las cuestiones de hecho sólo pueden resolverse mediante un juicio. Por lo tanto, si hay cuestiones de hecho relevantes, la disputa dará lugar a un juicio en el tribunal de distrito.

Los juicios son de dos tipos: juicios sin jurado y juicios con jurado. Cualquiera de las partes puede exigir un juicio con jurado si la Constitución o un estatuto crea el derecho a un juicio con jurado en el tipo de disputa que está en litigio. Si no hay derecho a un juicio con jurado, entonces la disputa se decidirá en un juicio sin jurado, es decir, un juicio en el que no se reúne ningún jurado y todas las cuestiones las decide un juez.

En cualquier caso, las partes comienzan con una declaración inicial, explicando sus respectivas versiones de los hechos. El demandante ofrece primero su declaración inicial. Después de las declaraciones iniciales, el demandante llama a declarar a cada uno de sus testigos. El testigo jura decir la verdad y es interrogado por el abogado del demandante, proceso llamado interrogatorio directo. Después del interrogatorio directo, el abogado del acusado puede interrogar al testigo, un proceso llamado contrainterrogatorio. Después del contrainterrogatorio, el abogado del demandante puede interrogar al testigo, pero sólo sobre los asuntos abordados en el contrainterrogatorio, un proceso conocido como interrogatorio de redireccionamiento. Después de un nuevo interrogatorio, al abogado defensor se le permite un nuevo contrainterrogatorio.

Después de que el demandante haya llamado a todos sus testigos, el demandado podrá llamar a sus testigos. A veces, el acusado difiere su declaración inicial hasta este momento del juicio. El interrogatorio continúa como antes, aunque ahora es el abogado del acusado quien realiza el interrogatorio directo y el abogado del demandante quien realiza el contrainterrogatorio. Después del último testigo del demandado, el demandante tiene derecho a citar testigos de refutación.

Una vez escuchados todos los testigos, las partes hacen declaraciones finales. Debido a que el demandante tiene la carga de la prueba, generalmente es escuchado en último lugar.

En un juicio sin jurado, el juez decide todas las cuestiones. Es decir, el juez determina qué ley se aplica a la disputa, resuelve cualquier cuestión de hecho necesaria para decidir la

disputa y aplica la ley a los hechos. Luego, el tribunal registra su decisión mediante la emisión de sentencia, lo que generalmente implica la firma de un documento formal. La sentencia va acompañada de una declaración escrita de las conclusiones de hecho y de derecho del tribunal.

En un juicio con jurado, el juez decide cualquier cuestión de derecho y preside el juicio. Después de que las partes hayan presentado todas las pruebas y hayan hecho sus declaraciones finales, el juez instruirá al jurado sobre la ley aplicable a la disputa. Luego, el jurado decide todas las cuestiones de hecho y aplica la ley a los hechos. Al concluir sus deliberaciones, el jurado anuncia su decisión, conocida como veredicto.

Por supuesto, un juicio con jurado se diferencia de un juicio sin jurado en que se debe seleccionar al jurado. El jurado se selecciona entre un grupo más grande de personas conocidas colectivamente como venire. Los abogados de las partes pueden interrogar a los miembros del venire, conocido como veniremen, para determinar posibles motivos de parcialidad, un proceso conocido como voir dire. Por ejemplo, si un caso involucra a alguien que se resbaló en el piso mojado de una tienda departamental, el abogado puede preguntar a los veniremen si alguna vez se resbaló en el piso mojado de un negocio. Una vez finalizado el interrogatorio, a cada abogado se le permite desafiar a veniremen de dos maneras. En primer lugar, a cada abogado se le permite impugnar un cierto número de veniremen sin ninguna explicación. Estos se denominan impugnaciones perentorias. Si un abogado impugna perentoriamente a un venireman, éste será despedido del venire. En segundo lugar, a cada abogado se le permite impugnar veniremen adicionales por causa justificada, como el hecho de que un venireman esté relacionado con una parte y, por lo tanto, pueda ser parcial. El juez decide si concede las impugnaciones con causa justificada. Los abogados utilizan recusaciones perentorias para eliminar del venire a personas que puedan estar predispuestas contra el caso de su cliente, aunque el abogado no puede demostrar parcialidad. Por ejemplo, un abogado que representa a un empleado en un litigio contra la dirección de una empresa puede intentar eliminar del jurado a aquellos con experiencia en gestión, creyendo que los directivos tenderán a favorecer a la dirección en una disputa. Agotadas las recusaciones, los restantes veniremen constituirán el jurado.

Ocasionalmente, durante un juicio con jurado parece que la evidencia presentada es tan unilateral que un jurado razonable podría llegar a un solo resultado. En tal caso, a petición de una de las partes, el juez puede simplemente fallar a favor de esa parte sin enviar la disputa al jurado para que decida, un proceso conocido como dictar sentencia como cuestión de derecho o dictar un veredicto dirigido.

Suponiendo que el juez decide enviar el caso al jurado para su resolución y el jurado llega a un veredicto, el juez debe entonces determinar si dicta sentencia de acuerdo con el veredicto. Normalmente, el juez dicta sentencia de acuerdo con el veredicto. En algunos casos, sin embargo, si el juez cree que el veredicto es contrario al peso claro de la evidencia, puede ordenar un nuevo juicio, lo que requiere formar un segundo jurado y volver a juzgar el caso. Alternativamente, si el juez cree que a la luz de la evidencia ningún jurado razonable podría haber llegado al veredicto que llegó a favor de una de las partes, entonces el juez puede dictar sentencia como cuestión de derecho a favor de la otra parte, una

proceso al que a veces se hace referencia como dictar sentencia independientemente del veredicto.

Si no hay cuestiones de hecho relevantes, entonces no hay necesidad de un juicio sin jurado ni con jurado, y el caso será decidido por el juez a petición de una de las partes. Varias mociones diferentes pueden dar lugar a una resolución del litigio sin juicio. Por ejemplo, un demandado puede cuestionar algunas de las alegaciones fácticas del demandante, pero puede adoptar la posición de que no es necesario resolver las disputas fácticas porque, incluso suponiendo que las alegaciones del demandante sean ciertas, el demandante igualmente debe perder. En esa situación, como se señaló anteriormente, el demandado puede presentar una moción para desestimar la demanda por no presentar un reclamo sobre el cual se pueda otorgar reparación.

Alternativamente, si cualquiera de las partes cree que las pruebas permiten que la cuestión de hecho se decida de una sola manera, esa parte puede argumentar ante el tribunal que no existen cuestiones de hecho genuinas y que el tribunal debe decidir las cuestiones jurídicas y dictar sentencia, proceso conocido como dictar sentencia sumaria. Existe una cuestión de hecho genuina si un jurado razonable pudiera decidir la cuestión a favor de cualquiera de las partes. Por supuesto, la existencia de cuestiones de hecho puede ser una cuestión en la que las partes no estén de acuerdo. Si ambas partes acuerdan que no existe una cuestión de hecho genuina, ambas pueden solicitar un juicio sumario.

Las mociones presentadas antes del juicio se hacen por escrito. La parte que presenta la moción, conocida como parte demandante, presenta un documento, la moción, solicitando que el tribunal tome alguna medida. Esto normalmente va acompañado de un memorando que explica por qué el tribunal debe aceptar la moción. En algunos casos también se adjunta material probatorio. Luego, la parte contraria presenta un memorando en contra de la moción. En algunos casos, el juez puede pedir a ambas partes que comparezcan ante el tribunal para un argumento oral, en el que los abogados explican las posiciones de sus clientes y brindan al juez la oportunidad de interrogarlos sobre sus argumentos. Las mociones presentadas durante el juicio a veces se hacen por escrito, pero otras veces se presentan oralmente ante el tribunal.

d. Distinguir entre cuestiones de derecho y de hecho

La discusión anterior implica que las distinciones entre los tres tipos de cuestiones son relativamente claras. De hecho, sin embargo, existen al menos dos situaciones en las que las distinciones teóricas entre los tipos de cuestiones parecen desintegrarse.

La explicación de la desintegración comienza con el hecho de que el juicio prototípico en el sistema legal estadounidense es el juicio con jurado. En un juicio con jurado, el juez decide cuestiones de derecho y el jurado decide cuestiones de hecho y cuestiones que requieren la aplicación de la ley a los hechos. Debido a que la función del juez en un juicio con jurado tradicionalmente es decidir cuestiones de derecho, los abogados se han acostumbrado a considerar cualquier cuestión decidida por un juez como una cuestión de derecho.

Sin embargo, en cualquier juicio con jurado pueden surgir al menos dos situaciones en las que un juez decide cuestiones que, estrictamente hablando, no son cuestiones de derecho. En ambas situaciones, las distinciones teóricas entre los distintos tipos de cuestiones parecen disolverse.

La primera situación surge cuando un jurado razonable podría decidir una cuestión de una sola manera. Como se señaló anteriormente, en tal situación, el juez puede conceder una moción de sentencia sumaria o de sentencia como cuestión de derecho. En otras palabras, si los hechos no pueden ser discutidos razonablemente, el juez puede quitar las cuestiones de hecho del jurado y decidirlas.

Cuando el juez retira una cuestión del jurado y la decide, los abogados suelen decir que el juez decidió la cuestión "como una cuestión de derecho" (incluso si el nombre formal de la moción fuera, por ejemplo, una moción para desestimar por incumplimiento para exponer un reclamo sobre el cual se puede otorgar reparación o una moción de juicio sumario). El uso puede resultar confuso porque lo que el juez pudo haber decidido en realidad fue una cuestión de hecho o una cuestión mixta de hecho y derecho. Decir que la cuestión se decidió como una cuestión de derecho es simplemente otra forma de decir que un juez, y no un jurado, decidió la cuestión. En efecto, las cuestiones de hecho o las cuestiones mixtas de derecho y de hecho pueden convertirse nominalmente en cuestiones de derecho si la evidencia es suficientemente unilateral.

La segunda situación en la que una cuestión que de otro modo podría parecer una cuestión de hecho o una cuestión mixta de derecho y hecho se trata como una cuestión de derecho ocurre cuando la ley establece que la cuestión será decidida por un juez y no por un jurado. . Por ejemplo, a veces se dice que la determinación de si una cláusula de un contrato es ambigua es una cuestión de derecho. Aunque como cuestión teórica se podría argumentar que esta determinación cae dentro de la definición de una cuestión de hecho o una cuestión mixta de derecho y hecho, algunos tribunales creen que son los jueces, y no los jurados, los que deben determinar si un término contractual es ambiguo y, por lo tanto, han declarado que ser una cuestión de derecho. Una vez más, lo que eso realmente significa es simplemente que la cuestión la decide un juez y no un jurado.

La raíz de la confusión es que los tribunales a menudo se han mostrado ambivalentes a la hora de dar demasiada discreción a los jurados. En situaciones en las que la evidencia sobre una cuestión es unilateral o cuando la cuestión parece especialmente apropiada para que la determine un juez, los tribunales han apartado la cuestión del jurado. Sin embargo, debido a la tradición de que los jueces deciden cuestiones de derecho y los jurados deciden las cuestiones restantes, la única manera de cumplir la tarea de quitarle una cuestión al jurado sin dejar de parecer coherente con la tradición era declarar ciertas cuestiones como cuestiones de derecho. ley.

2. EL TRIBUNAL DE APELACIONES

Después de que un tribunal de distrito haya dictado sentencia (basada en una moción o en un juicio), una parte que haya perdido en una o más cuestiones puede apelar la decisión del

tribunal de distrito ante un tribunal de apelaciones. En el sistema federal, los tribunales de distrito están organizados en grupos regionales llamados circuitos. Cada circuito tiene un tribunal de apelaciones que decide las apelaciones de las decisiones de los tribunales de distrito de ese circuito.

Las decisiones del tribunal de apelaciones se basan en el expediente elaborado por el tribunal de primera instancia. Es decir, los tribunales de apelación no llevan a cabo juicios, no escuchan a testigos adicionales ni reúnen ninguna otra prueba adicional. Su función es revisar la decisión del tribunal de distrito sobre la base de las pruebas presentadas ante el tribunal de primera instancia.

Por tanto, el proceso de apelación es mucho más sencillo que el proceso de juicio. La parte que cree que el tribunal sentenciador cometió algún error es el apelante. El apelante presenta un escrito argumentando que determinadas decisiones tomadas en el tribunal de primera instancia fueron erróneas y solicita que, por lo tanto, se revoque la sentencia del tribunal de primera instancia. La parte contraria, conocida como apelada, presenta un escrito argumentando en apoyo de la decisión del tribunal de primera instancia y solicitando que se confirme la decisión. El recurrente concluye el procedimiento escrito presentando un escrito de réplica respondiendo al escrito del apelado. Luego, el tribunal puede programar el caso para un alegato oral. El argumento oral suele ser breve y dura quizás una hora. Al abogado de cada parte se le permite la mitad del tiempo asignado para resumir los argumentos en su escrito, tiempo durante el cual los jueces pueden interrogar al abogado, interrumpiéndolo frecuentemente a mitad de la frase para hacer una pregunta. Cuando finaliza el alegato oral, el caso se somete al tribunal para que decida.

El tribunal de apelaciones debe determinar como cuestión inicial qué estándar de revisión utilizar para decidir la apelación. El estándar de revisión establece hasta qué punto el tribunal de apelaciones diferirá de la decisión del tribunal de primera instancia. En un extremo, el tribunal de apelaciones puede revisar la decisión del tribunal de primera instancia sobre la cuestión apelada *de novo* , una frase latina que puede traducirse como “de nuevo”. Una revisión de novo es aquella en la que el tribunal de apelaciones no otorga ninguna deferencia a la decisión del tribunal de primera instancia y decide la cuestión enteramente de acuerdo con su propia interpretación de la ley o los hechos. En el otro extremo, el tribunal de apelaciones puede ceder completamente al tribunal de primera instancia, sosteniendo que la decisión del tribunal de primera instancia sobre la cuestión no era revisable en apelación. Otros estándares de revisión se encuentran entre estos extremos.

El estándar de revisión depende de la naturaleza del asunto y de si fue decidido por un juez o un jurado. El tribunal de apelaciones generalmente revisa de novo la determinación del juez de distrito sobre qué ley se aplica. Si el tribunal de apelaciones no está de acuerdo con la decisión del tribunal de primera instancia, revocará la sentencia del tribunal de primera instancia.

Por el contrario, la revisión que realiza el tribunal de apelaciones de las conclusiones fácticas del juez de distrito no es de novo. Más bien, el tribunal de apelaciones remite las cuestiones de hecho al juez de distrito y, por lo tanto, revocará las conclusiones de hecho

del juez sólo si son claramente erróneas. Los veredictos del jurado reciben una deferencia aún mayor y se anulan en apelación sólo si no están respaldados por pruebas sustanciales.[9]
En determinadas circunstancias se aplican otras normas de revisión. Por ejemplo, algunas decisiones de un juez de primera instancia en el curso de un juicio son revocadas por el tribunal de apelaciones sólo si se consideran un abuso de discreción.

3. EL TRIBUNAL SUPREMO

Una parte que pierde con respecto a una o más cuestiones en el tribunal de apelaciones puede solicitar una revisión de la decisión del tribunal de apelaciones en la Corte Suprema de los Estados Unidos presentando una petición de auto de certiorari. La Corte Suprema tiene la discreción de conceder o denegar la petición.[10] La gran mayoría de las peticiones son denegadas, en la mayoría de los casos sin dar ninguna razón. El número de peticiones presentadas es demasiado grande para permitir que el Tribunal explique por qué cada una fue denegada.
Si el Tribunal Supremo deniega la petición, la decisión del tribunal de apelaciones adquiere firmeza. Si la Corte Suprema concede la petición, entonces revisará las decisiones del tribunal de apelaciones sobre cuestiones de derecho de novo , pero dará a las conclusiones fácticas del tribunal de distrito o al veredicto del jurado la misma deferencia que tuvo el tribunal de apelaciones.
Los procedimientos ante la Corte Suprema son muy similares a los del tribunal de apelaciones. La parte que solicita la revisión, el peticionario, presenta un escrito, al igual que la parte contraria, el demandado. Una vez presentada la respuesta del peticionario, se programa el debate oral del caso.
Después del argumento oral, los jueces se reúnen para discutir el caso. Votarán sobre si afirmar o revocar, y se requerirá una mayoría para hacer cualquiera de las dos opciones. Una vez decidida la disposición del caso, se asigna a un juez para que redacte el dictamen explicativo del resultado. Si el presidente del Tribunal Supremo tiene mayoría, entonces emite la opinión. Si el presidente del Tribunal Supremo no forma parte de la mayoría, entonces el juez superior de la mayoría asigna la opinión. Una vez redactada la opinión, se distribuye a los demás magistrados. Se pueden sugerir varios cambios. En algunos casos, un juez puede negarse a unirse, es decir, a apoyar, la opinión a menos que se realicen ciertos cambios. Cuando cinco o más de los nueve jueces apoyan la opinión, ésta se convierte en opinión de la Corte y se hace pública. Los jueces individuales, si lo desean, pueden escribir opiniones separadas explicando su visión del caso.

II. IDENTIFICAR LA LEY APLICABLE

En esta sección se analiza el proceso de identificación de la ley que potencialmente se aplica a un conjunto particular de hechos. Como sugiere la primera sección, el abogado enfrenta una serie de jurisprudencia y leyes promulgadas que potencialmente podrían aplicarse a una situación determinada. El proceso de determinar qué ley se aplica es en realidad un proceso de selección de la ley que no podría aplicarse de manera plausible.

Una ley puede no aplicarse a una situación dada por cualquiera de tres razones: la entidad gubernamental que adoptó la ley no tiene el poder de prescribir la ley aplicable a las personas o transacciones específicas involucradas en la situación, la ley por sus términos no se aplica a la situación, o aunque la entidad gubernamental que adoptó la ley puede tener poder en general, otra entidad de mayor poder ha promulgado una ley contraria que prevalece en esta situación. Aplicando estos tres criterios, el abogado puede eliminar la ley inaplicable. Las siguientes tres subsecciones examinan cada uno de estos tres criterios por turno.

A. Identificación del gobierno con poder: una introducción a la teoría de la elección de la ley

La primera razón por la que una ley puede no aplicarse a una situación es que el gobierno que la adoptó no tiene poder sobre las personas o transacciones involucradas en la situación. Todos los gobiernos son gobiernos de poderes limitados; es decir, ningún gobierno tiene el poder de gobernar a todas las personas y transacciones en todo el mundo. Así, por ejemplo, Estados Unidos generalmente no tiene poder para regular actividades en los Países Bajos que no afecten a personas o propiedades en Estados Unidos.

Esto significa que algunas leyes pueden parecer, por sus términos, aplicables a una situación particular, pero, de hecho, no se aplican. No se aplican porque el gobierno que adoptó las leyes no tiene el poder de regular a las personas o la transacción involucrada en la situación.

En consecuencia, la primera investigación del abogado para identificar la ley aplicable debe ser determinar qué ley gubernamental se aplica. Esta determinación se toma con base en un conjunto de reglas legales conocidas como reglas de conflictos de leyes o reglas de elección de leyes.

La elección de la ley es un área compleja del derecho que no puede reducirse aquí a unas pocas frases. Sin embargo, el análisis de la elección de la ley es absolutamente crítico para encontrar la ley aplicable y, por lo tanto, es necesaria una breve descripción general.

Suponiendo que se aplique la ley estadounidense, el análisis de la elección de la ley tiene dos dimensiones: vertical y horizontal.[11] Las reglas verticales de elección de ley determinan si se aplica la ley federal, la estatal o ambas. Suponiendo que se aplique al menos alguna ley estatal, las reglas horizontales de elección de ley determinan *qué* ley estatal se aplica. Si sólo se aplica la ley federal, entonces el análisis horizontal de elección de ley es innecesario.

1. ANÁLISIS DE ELECCIÓN VERTICAL DEL DERECHO

La ley federal y la ley estatal generalmente no son mutuamente excluyentes. En la mayoría de los casos, si las leyes federal y estatal abordan una situación, entonces se aplican ambas. Existe una excepción cuando las leyes federales y estatales entran en conflicto, en cuyo caso prevalece la ley federal.[12]

Da la casualidad de que la gran mayoría de los acontecimientos de la vida diaria se rigen por la ley estatal. Por ejemplo, las relaciones familiares, la transferencia de propiedad, la formación de contratos y la reparación de daños personales se rigen por la ley estatal. En algunos casos, también se aplica la ley federal. Por ejemplo, cierta conducta comercial constituye fraude según el derecho consuetudinario estatal y también viola los estatutos federales contra el crimen organizado. En ocasiones, algún aspecto de una transacción puede estar regido únicamente por la ley federal.

Por lo tanto, el análisis vertical de la elección de la ley resulta en última instancia en una de tres determinaciones: se aplica la ley federal, se aplica la ley estatal o se aplican tanto la ley

federal como la estatal. En otras palabras, el análisis vertical de elección de ley *puede* eliminar todas las leyes federales o todas las leyes estatales, pero a veces no elimina ninguna de las dos.

2. ANÁLISIS DE ELECCIÓN HORIZONTAL DEL DERECHO

El análisis horizontal de la elección de la ley generalmente resulta en una eliminación sustancial de la ley aplicable. Esto ocurre porque, en la medida en que se aplica la ley estatal, la ley estatal aplicable suele ser la ley de un solo estado.[13] Las leyes de diferentes estados, generalmente, son mutuamente excluyentes, lo que significa que no se aplican simultáneamente a la misma transacción.

Afortunadamente, muchas transacciones ocurren en un solo estado e involucran a residentes de ese estado. Así, el abogado sabe instintivamente que, en la medida en que se aplique la ley estatal, es la ley de ese estado la que se aplica. Por lo tanto, como cuestión práctica, el razonamiento jurídico a menudo requiere muy poco análisis horizontal consciente de la elección del derecho aplicable.

Sin embargo, siempre que una situación involucre transacciones que afecten a más de un estado o involucre a residentes de más de un estado, siempre existe la posibilidad de que la ley de más de un estado pueda ser potencialmente aplicable. La ley estatal que se aplica se determina en última instancia de dos maneras: mediante acuerdo de las partes o mediante la presentación de una demanda.

Un acuerdo previo entre las partes es la forma más sencilla de determinar la ley aplicable a una situación. Dos partes que se preparan para participar en una transacción a menudo insertan una disposición en su contrato que especifica qué ley estatal se aplica al contrato. Estas disposiciones, generalmente conocidas como “cláusulas de elección de ley”, normalmente serán aplicadas por los tribunales.

La otra forma de determinar qué ley estatal se aplica es esperar hasta que surja una disputa y luego presentar una demanda para resolverla. Cada jurisdicción tiene sus propias reglas de elección de ley que le indican al tribunal qué ley estatal aplicar. Normalmente, un tribunal aplica sus propias normas procesales, pero puede aplicar el derecho sustantivo de otro estado. Las reglas de elección de ley difieren de un estado a otro y, por lo tanto, la ley que se aplica puede depender completamente de dónde se presenta la demanda.[14]

En resumen, es posible que el abogado no sepa con certeza qué ley estatal se aplicará hasta que la situación conduzca a un litigio. De hecho, el abogado que decide presentar una demanda puede optar por hacerlo en los tribunales de un estado en particular únicamente porque esos tribunales aplicarán la ley más ventajosa para su cliente. Elegir una cancha por razones tácticas es una práctica común conocida como “compra de foro”.

Cuando es potencialmente aplicable más de una ley estatal, el único recurso del abogado es investigar todas las leyes potencialmente aplicables. Al final, el abogado podría determinar que, dependiendo de dónde se presente la demanda, el cliente puede estar sujeto a cualquiera de las leyes de varios estados sobre un tema. Es en parte para eliminar este tipo de incertidumbre que las partes insertan cláusulas de elección de ley en sus contratos.

Por lo tanto, el análisis de la elección de la ley juega un papel importante en el proceso de selección. Idealmente, resulta en la eliminación de toda consideración posterior de todas las leyes excepto la de un solo estado y, tal vez, la del gobierno federal.

B. Identificación de la ley por materia: una introducción al análisis de reglas

Habiendo reducido la ley potencialmente aplicable a la de uno o dos soberanos (un estado, el gobierno federal o ambos), el abogado debe luego descartar aquellos estatutos o casos que, por sus términos, no se aplican al tema de la situación. bajo revisión. Los abogados lo hacen utilizando el proceso de análisis de reglas. Esta sección analiza precisamente lo que eso implica.

Cada estatuto o caso contiene una o más reglas de derecho. En el próximo capítulo se analizan con cierto detalle las técnicas que se utilizarán para identificar las normas de derecho en una ley o caso. Por ahora, el lector debería simplemente asumir que el abogado, al leer cada ley o caso, es capaz de identificar al menos una norma de derecho en esa ley o caso. Son estas reglas de derecho las que el abogado debe analizar para determinar si el estatuto o caso, por sus términos, es potencialmente aplicable a la situación.

1. LA NATURALEZA DE LAS REGLAS: FORMA

En general, las normas jurídicas tienen la forma "si X, entonces Y", lo que significa que si estos hechos ocurren, entonces surge este derecho o deber legal.

Por tanto, las normas de derecho tienen un predicado fáctico y una consecuencia jurídica. Por ejemplo, un caso puede anunciar la regla de que un médico que presta servicios médicos a un paciente tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para evitar lesiones al paciente.[15] En otras palabras, si estos hechos (una relación médico-paciente y la prestación de un servicio médico) ocurren, entonces se producirá esta consecuencia (el deber de ejercer un cuidado razonable). La prestación por parte del médico de un servicio médico a un paciente es el fundamento fáctico, y el deber de ejercer un cuidado razonable es la consecuencia legal.

Generalmente, el predicado fáctico requiere alguna combinación de hechos. Cada uno de estos hechos se denomina elemento. En el ejemplo anterior, el predicado fáctico tiene dos elementos: la existencia de una relación médico-paciente y la prestación de un servicio médico. Cuando se producen hechos que constituyen todos los elementos, entonces existe la consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica es generalmente la creación de algún derecho o deber entre determinadas personas.

Identificar reglas de derecho aplicables a una situación particular significa identificar esas reglas de derecho con predicados fácticos que describen con precisión la situación.[16] Si uno o más elementos de la regla no están presentes en la situación bajo revisión, entonces la regla no se aplicará. Por ejemplo, la regla anterior no se aplicaría a un médico que asiste a su paciente con la declaración del impuesto sobre la renta de este último porque el segundo elemento, la prestación de un servicio médico, está ausente.

Como esto sugiere, la única manera de determinar si una regla es aplicable a una situación es realmente intentar aplicarla. Aplicar una regla a una situación es un proceso potencialmente complejo que se describe con cierto detalle en el capítulo 5. Baste decir

aquí que durante la etapa inicial de identificación de la ley potencialmente aplicable, el abogado busca todas las leyes que plausible o discutiblemente podrían aplicar a la situación.

2. LA NATURALEZA DE LAS REGLAS: SUSTANCIA

El sistema jurídico estadounidense supone que las normas no son meros pronunciamientos arbitrarios sino que se basan en alguna política subyacente. Es decir, las reglas crean un derecho o un deber no por sí mismas sino para promover una política pública.

Cuando la norma es una ley, la política subyacente es generalmente la que la legislatura pretendía promover cuando promulgó la ley. Cuando la norma es una norma de jurisprudencia, la política subyacente generalmente es la que el tribunal articuló como justificación de la norma en el momento en que se anunció. En algunos casos, los tribunales pueden encontrar justificaciones políticas para una regla en casos anteriores que no necesariamente involucran esa regla. Las normas de jurisprudencia también pueden basarse en las políticas subyacentes a las disposiciones legislativas, incluso en casos que no involucran una ley. Por ejemplo, un tribunal puede adoptar una norma favorable a los consumidores. En apoyo de ello, el tribunal puede citar otro caso que anuncie una norma diferente en la que el tribunal articuló una política de protección al consumidor. O el tribunal puede citar en apoyo de la regla legislación reciente que puede no ser aplicable al caso bajo consideración pero que, sin embargo, refleja una política pública de protección del consumidor contra el poder de negociación superior de los comerciantes y fabricantes.

Además, las reglas no suelen basarse en una sola política, sino que representan compromisos entre conjuntos de políticas opuestas. Normalmente, un conjunto de políticas favorece la creación de un derecho o deber amplio, mientras que un conjunto de políticas opuesto favorece la restricción o eliminación del derecho o deber.

Si las políticas que favorecen el derecho o el deber prevalecieran todo el tiempo, el derecho o el deber se volverían absolutos, sin excepciones ni limitaciones. Si las políticas que se oponen al derecho o al deber prevalecieran todo el tiempo, el derecho o el deber desaparecerían.

De hecho, sin embargo, ambos conjuntos de políticas son importantes, por lo que no se puede permitir que ninguno de ellos prevalezca en todas las situaciones. Más bien, las políticas que apoyan el derecho o el deber prevalecerán en algunas situaciones, mientras que las políticas opuestas prevalecerán en otras.

Los elementos de la regla definen exactamente la situación en la que prevalecen las políticas que favorecen el derecho o el deber. Cuando se satisfacen los elementos, existe el derecho o el deber; cuando no se satisfacen, el derecho o el deber no existe.

Las políticas subyacentes a la norma son de gran importancia para el proceso de razonamiento jurídico. Si no favorecería las políticas subyacentes, entonces aplicar la regla a una situación particular sería indeseable, y un tribunal a veces decidirá no aplicarla, especialmente si la regla se basa en la jurisprudencia y no en la ley promulgada. Además, al menos en lo que respecta a las normas de jurisprudencia, aunque pueda parecer

claramente que el predicado fáctico de la norma no se aplica, si la política detrás de las normas fuera impulsada al determinar que la norma es aplicable, el tribunal a veces aplicará, no obstante, la norma jurisprudencial por analogía, sintetizar una nueva norma jurisprudencial para regir la situación, o modificar la norma para que sea aplicable. Por lo tanto, como se analizará con mayor detalle en capítulos posteriores, las políticas subyacentes brindan mucha ayuda para identificar aquellas situaciones en las que se aplicará la regla.

3. EL PROBLEMA DE LA GENERALIDAD

Los elementos de una norma suelen estar redactados en términos muy generales. Esto es especialmente cierto con respecto a las leyes y otras formas de ley promulgada. Así, por ejemplo, una norma no suele referirse a algo tan específico como un Chevrolet rojo, o incluso un automóvil, sino que se refiere de manera más amplia a un vehículo de motor. En otras palabras, los elementos describen los hechos en términos amplios y genéricos.

Los elementos están redactados en términos generales por razones tanto de equidad como de eficiencia. Si las reglas se redactaran de manera estricta, las legislaturas y los tribunales necesitarían adoptar muchas más reglas, lo que sería ineficiente y conllevaría el riesgo de que situaciones similares no fueran tratadas de la misma manera, lo que sería injusto.

Imaginemos, por ejemplo, que en lugar de promulgar una norma única para el límite de velocidad, el estado promulgara una norma diferente para cada tipo de automóvil. Semejantes detalles requerirían muchísimo tiempo para que la legislatura redactara y para que el abogado investigara. Además, un código tan detallado crearía la posibilidad de que algunos automóviles pasaran desapercibidos o de que ciertos automóviles recibieran un trato preferencial. Nuestras nociones intuitivas de justicia nos dicen que debería haber igualdad de justicia ante la ley y que casos similares deberían tratarse de manera similar. Es más eficaz redactar e investigar unas pocas reglas de gran generalidad y, por lo general, se piensa que reducen la posibilidad de un trato desigual, ya que todas las personas están sujetas a la misma regla.

Sin embargo, esta generalidad también impide el proceso de razonamiento jurídico. El lenguaje general es a menudo tan vago que simplemente no deja claro si un conjunto particular de eventos satisface los elementos de la regla. En el caso de la regla descrita anteriormente, por ejemplo, puede no estar claro si alguien que casualmente pide consejo a un médico en un cóctel ha establecido una relación médico-paciente.

Por lo tanto, al identificar las reglas de derecho, el abogado debe estar atento a cualquier regla con un predicado fáctico que pueda decirse *plausiblemente* que describe los hechos específicos bajo revisión. Además, como se verá en el capítulo 5, las normas de jurisprudencia a menudo pueden formularse en diferentes niveles de generalidad y, por tanto, al examinar esas normas, el abogado debe estar atento a si es plausible decir que se aplican si se reformulan en términos más generales. términos.

C. Identificación de reglas nulas: una introducción al constitucionalismo

Una vez que la investigación jurídica ha identificado todos los estatutos y casos que son plausiblemente aplicables a la situación bajo revisión, el proceso de selección suele estar completo. Ocasionalmente sucede, sin embargo, que una ley promulgada o un caso decidido por una entidad gubernamental se contradice de alguna manera con una ley creada por otra entidad de autoridad superior, con el resultado de que la ley o el caso deben ser ignorados. La mayoría de las veces esto ocurre cuando una ley es inconstitucional, es decir, contraria a la Constitución.

Unos pocos principios básicos del derecho constitucional determinan la jerarquía de autoridad entre las diferentes fuentes del derecho. En esta última sección se resumen algunos de los principios más importantes.

Primero, como principio fundamental del sistema legal estadounidense, la Constitución prevalece sobre todas las demás leyes, federales o estatales. La Cláusula de Supremacía de la Constitución, establecida en el Artículo VI, establece explícitamente que la Constitución y las leyes federales dictadas de conformidad con la Constitución son la ley suprema del país. Por lo tanto, si una de las normas aplicables es una disposición constitucional, entonces anula cualquier estatuto o caso contrario, ya sea federal o estatal, al menos en la medida del conflicto. Una constitución estatal prevalece sobre todas las demás leyes estatales.

En segundo lugar, como se acaba de señalar, la Cláusula de Supremacía también establece que la ley federal dictada de conformidad con la Constitución es la ley suprema del país. Así, según una doctrina del derecho constitucional conocida como doctrina de preferencia, la ley federal invalida *toda* ley estatal sobre un tema en el que el Congreso haya prohibido explícita o implícitamente la regulación estatal del tema. Incluso cuando el Congreso no ha prohibido explícita o implícitamente toda regulación estatal de un tema en particular, una ley estatal específica es nula si entra en conflicto directamente con una ley federal. Por supuesto, hay innumerables situaciones en las que las leyes federales y estatales sobre el mismo tema no están en conflicto y, por lo tanto, ambas son aplicables.

En tercer lugar, según la doctrina de la separación de poderes, los tribunales deben aplicar la ley promulgada por el legislativo. Así, una ley prevalece sobre la jurisprudencia contraria. [17] El poder de los tribunales para interpretar las leyes les permite aplicarlas en formas no previstas por la legislatura. Como resultado, una legislatura ocasionalmente promulga una ley específicamente destinada a revocar una decisión judicial anterior que cree que aplicó otra ley de manera incorrecta.

Cuarto, según la doctrina de la revisión judicial, los tribunales tienen la facultad de determinar la constitucionalidad de todas las leyes, incluidas las leyes. Por lo tanto, una decisión judicial que declara inconstitucional una ley la anula y el tribunal se negará a aplicarla.

Quinto, debido a que las agencias administrativas se crean por ley, sus regulaciones están subordinadas a las leyes promulgadas por el mismo soberano o por un superior. [18] Así, las leyes generalmente prevalecen sobre las regulaciones administrativas contrarias.

2

ANALIZANDO LA LEY

El segundo paso en el razonamiento jurídico es analizar los estatutos y casos plausiblemente aplicables para identificar tanto las normas de derecho como las políticas subyacentes contenidas en ellos. En este capítulo se analizan las técnicas para analizar estatutos y casos. La ley promulgada, descrita aquí genéricamente como ley estatutaria, se analiza por separado de la jurisprudencia.

I. ANÁLISIS DE LOS ESTATUTOS

El análisis de una ley a los efectos de identificar el estado de derecho es simple porque la ley en sí misma es el estado de derecho. Por tanto, el proceso de identificación de una ley aplicable y el proceso de extracción del estado de derecho son el mismo.

Sin embargo, identificar las políticas subyacentes al estatuto puede resultar bastante difícil. Las políticas subyacentes a una ley son aquellas que la legislatura buscó promover cuando promulgó la ley.

Los abogados utilizan una variedad de enfoques para identificar las políticas subyacentes a un estatuto y, a menudo, no están de acuerdo sobre cuál de estos enfoques es apropiado. En otras palabras, la interpretación de las leyes es un aspecto del razonamiento jurídico que puede resultar controvertido incluso entre los abogados tradicionales. Sin embargo, en ocasiones los tribunales se basan en todos estos enfoques.

Un enfoque es examinar el estatuto mismo. Ocasionalmente, una legislatura que promulga una ley, especialmente una medida de reforma integral, incluye una sección que establece explícitamente al menos algunas de las políticas subyacentes a la legislación. Esta sección de la legislación a menudo se describe como "hallazgos legislativos". Todos los abogados coinciden en que es apropiado utilizar estos hallazgos para identificar las políticas subyacentes a un estatuto.

Otro enfoque es examinar la historia del estatuto. Muchos tribunales han dicho que la mejor indicación de la política legislativa es el lenguaje del estatuto mismo y, por lo tanto, si el significado del lenguaje es claro a primera vista, un tribunal no debe profundizar en su historia. Desde este punto de vista, sólo cuando hay alguna duda sobre el significado de la ley el tribunal debe mirar más allá del lenguaje legal. [1] Algunos abogados sostienen que nunca se debe considerar más que el lenguaje del estatuto porque sólo el estatuto en sí es la ley y, como se analiza más adelante, la historia puede no ser confiable.

Sin embargo, los tribunales suelen examinar la historia legislativa. Pueden optar por justificar la referencia a la historia legislativa declarando que el significado legal no está claro, o pueden simplemente citar la historia como confirmación del significado que era evidente en el hecho del estatuto.

Como se analizó en el capítulo 1, esta historia puede incluir registros de varias audiencias de comités, los informes emitidos por los comités cuando enviaron el proyecto de ley al pleno, el debate en el pleno de cada cuerpo de la legislatura antes de su aprobación e informes de conferencias. y declaraciones hechas por el presidente o gobernador en el momento de la firma o veto del proyecto de ley. Sin embargo, esta investigación también puede no ser concluyente porque, por razones analizadas en el capítulo 6, la historia legislativa a menudo es incompleta o engañosa o permite más de una interpretación. En cualquier caso, basta decir que rara vez un abogado competente omitiría deliberadamente un argumento basado en la historia legislativa que fuera favorable a su cliente.

Investigar la historia de un estatuto puede implicar investigar eventos más allá del proceso formal mediante el cual se promulgó el estatuto, como investigar las condiciones sociales

que impulsaron su aprobación. Por ejemplo, un abogado puede examinar las circunstancias antes de la promulgación del estatuto; tratar de determinar la naturaleza del problema, a veces denominado "el daño", que llevó a su promulgación; y argumentar que la política del estatuto era eliminar o disminuir el daño.

Sin embargo, la identificación del daño no necesariamente revela con suficiente claridad la política subyacente al estatuto. Como se explicó en el capítulo 1, los abogados prefieren redactar reglas usando un lenguaje general y, por lo tanto, la legislatura muy probablemente usó un lenguaje en el predicado fáctico que cubría más que la situación exacta que motivó la promulgación legislativa. Una ley anticorrupción promulgada después de que se revelara que un senador había aceptado honorarios muy elevados de grupos de intereses especiales podría no prohibir simplemente los honorarios, sino que probablemente sería mucho más amplia y prohibiría, por ejemplo, la donación de "cualquier cosa de valor". Debido a que el lenguaje es más amplio que la situación precisa que la legislatura tenía en mente, el abogado aún debe decidir qué supuestamente "pretendía" la legislatura con respecto a todas las situaciones que posiblemente están cubiertas por el lenguaje pero que no constituyen el daño preciso conscientemente. dirigido. ¿Prohíbe el estatuto, por ejemplo, dar a un senador información que no tiene valor comercial pero que, no obstante, puede encontrar útil y, por tanto, valiosa?

La indeterminación de la investigación sobre la historia de un estatuto brinda al abogado la oportunidad de defender a su cliente. El abogado puede argumentar con éxito que una política particular subyace a un estatuto, incluso cuando no existe evidencia de que esa política estaba conscientemente en las mentes de todos los involucrados en la promulgación del estatuto o cuando existe evidencia de que algunos involucrados en la promulgación se opusieron a la política.

El examen que hace el abogado de las políticas subyacentes a una ley también puede extenderse más allá de los acontecimientos históricos que originalmente impulsaron su promulgación para incluir una investigación de las nociones contemporáneas de buena política pública. Interpretar un estatuto de acuerdo con la política pública actual, en contraposición a la política de la legislatura que promulgó originalmente la ley, es controvertido. Considerar políticas no adoptadas por la legislatura puede parecer antidemocrático. Además, como se explicó en el capítulo 1, los tribunales en teoría sólo están autorizados a aplicar la ley promulgada por la legislatura, no a modificarla utilizándola para promover políticas no contempladas por la legislatura. Sin embargo, la mayoría de los tribunales estarían de acuerdo en que ninguna ley debe interpretarse de manera que conduzca a un resultado "absurdo". Esta posición puede conciliarse con la opinión de que la intención de los redactores debería prevalecer al suponer que el legislador nunca habría pretendido un resultado absurdo.

Sin embargo, siempre que el resultado no sea absurdo, la mayoría de los tribunales insistirían en que se siga la intención o propósito aparente de la legislatura. Por lo tanto, el examen que hace el abogado de las nociones actuales de política pública suele ser muy limitado.

La elección entre interpretar una ley únicamente con referencia a su lenguaje o interpretarla con referencia a fuentes extrínsecas, como la historia legislativa o las nociones actuales de política pública, es una tensión fundamental que impregna el proceso de razonamiento jurídico. Esta tensión se analizará más detalladamente en los capítulos 5 y 6.

II. ANALIZANDO CASOS

A. Los componentes de un caso

Analizar la jurisprudencia es una tarea mucho más compleja que analizar una ley. La discusión en esta sección cubre los diversos componentes que se pueden encontrar en una opinión judicial bien escrita, el significado de cada uno y cómo se debe analizar cada uno. Debido a que la mayoría de las opiniones judiciales publicadas son decisiones de apelación, esta discusión supone que el caso bajo análisis es una decisión de apelación.

1. HECHOS

Una opinión judicial suele comenzar con una descripción de los hechos. Se trata de una narración de los hechos que dieron origen a la disputa sometida al tribunal para su decisión.

Muchos de los hechos contenidos en la opinión son de escasa importancia, pero están ahí simplemente para proporcionar un contexto para los hechos que sí importan. Sin ellos, el resto no tendría sentido. Sin embargo, en una primera lectura, un abogado generalmente no sabe cuáles de los hechos son significativos. Como se verá, determinar qué hechos son significativos requiere primero identificar las normas de derecho y las políticas subyacentes que rigen el caso.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

A continuación se resume la historia procesal. Esta parte de la opinión establece una descripción de los hechos ocurridos en el tribunal de primera instancia o de apelación inferior durante el curso del litigio, comenzando con la presentación de una demanda, que es el primer paso en un litigio.

Al igual que la recitación de los hechos, gran parte de la historia procesal tiene una importancia mínima en sí misma, pero proporciona contexto. La historia procesal generalmente indica un detalle que es de fundamental importancia: la naturaleza precisa de la decisión del tribunal inferior que ha sido apelada.

La naturaleza de la decisión sobre la cual se apela es crítica porque, como se discutió en el capítulo 1, determina el estándar de revisión que el tribunal de apelaciones aplica a la decisión del tribunal de primera instancia. El estándar de revisión, a su vez, determina lo que el tribunal de apelaciones debe decidir y el efecto que tendrá la decisión del tribunal de apelaciones en casos futuros.

Por ejemplo, si un médico está apelando el veredicto del jurado según el cual fue negligente al brindar atención médica, el tribunal de apelaciones revisa el veredicto sólo para determinar si estaba respaldado por pruebas sustanciales. Para confirmar la sentencia contra el médico, el tribunal de apelaciones no necesita decidir que el médico fue negligente sino sólo que había pruebas sustanciales en ese sentido, lo cual es una determinación muy diferente. Los jueces de apelación pueden creer que el médico en

realidad no fue negligente. Sin embargo, siempre que existan pruebas sustanciales que respalden el veredicto, la sentencia será confirmada.

Además, como el tribunal de apelaciones no está decidiendo si el médico fue negligente sino sólo si había pruebas sustanciales de que lo fue, los abogados en casos futuros no pueden citar la opinión del tribunal de apelaciones que confirma el veredicto del jurado contra el médico como decisión de que tal conducta por el médico *fue* negligente. Más bien, la opinión del tribunal de apelaciones sólo puede citarse en el sentido de que establece que tal conducta *podría ser* negligente. El uso de una decisión previa se analiza con más detalle en el capítulo 5.

3. PREGUNTAS PRESENTADAS

Al final de los antecedentes procesales, el dictamen expresa las cuestiones planteadas. Éstas son simplemente las cuestiones que el recurrente ha pedido al tribunal que decida. En otras palabras, son las cuestiones objeto de apelación.

Cada pregunta pregunta, en efecto, si alguna decisión tomada en el tribunal de primera instancia o de apelación inferior fue errónea y requirió la revocación de la sentencia. Todo el resto del dictamen se dedica a resolver las cuestiones planteadas.

4. NORMAS DE DERECHO

Para decidir las cuestiones presentadas, el dictamen comienza anunciando normas de derecho. Son principios generales del derecho que establecen que, bajo un conjunto particular de circunstancias, existe un determinado derecho o deber.

El tribunal anuncia estas reglas porque cree que rigen las cuestiones que debe decidir. En efecto, las normas establecen los derechos y deberes de las partes en este caso así como en todos los casos similares. Por lo general, la mayoría o la totalidad de las reglas se han anunciado en casos anteriores y el tribunal cita los casos anteriores de los cuales se toma cada regla.

Las normas de derecho son de gran importancia. Gran parte de la historia fáctica y procesal es significativa porque proporciona el contexto para alguna otra parte de la opinión, pero las normas de derecho son importantes simplemente en sí mismas. Debido a que se cree que rigen el caso denunciado así como casos similares, estas reglas pueden en última instancia determinar los resultados de la situación que se le ha pedido al abogado que revise. El abogado debe leer atentamente y extraer del dictamen cada una de las normas de derecho anunciadas.

Identificar las normas jurídicas puede resultar difícil porque es posible que no estén expresadas de forma clara y concisa. Los elementos pueden estar dispersos a lo largo de una larga discusión, lo que requiere que el abogado construya las reglas a partir de una serie de declaraciones. La misma regla puede repetirse más de una vez, de forma ligeramente diferente, obligando al abogado a elegir la versión que mejor explique el resultado alcanzado.

Como esto sugiere, la extracción de la norma a partir de una opinión judicial no siempre es un proceso mecánico. Dos abogados que lean la misma opinión pueden no estar de acuerdo sobre las reglas del caso. Y debido a que en ocasiones es necesario construir reglas, la regla extraída por el abogado puede estar redactada en las propias palabras del abogado en lugar de en las palabras del tribunal.

Por tanto, una norma jurisprudencial difiere de una norma promulgada. Se concede menos importancia al lenguaje literal de una norma de jurisprudencia simplemente porque a menudo no existe una única versión autorizada de la norma de jurisprudencia. La indeterminación del lenguaje de una norma de jurisprudencia, por supuesto, brinda al abogado la oportunidad de articular la norma en la forma más favorable a la posición del cliente.

5. APLICACIÓN DEL DERECHO A LOS HECHOS

La siguiente parte de la opinión aplica la ley a los hechos. Esta es una discusión de cómo el tribunal ha decidido si cada elemento de cada regla fue satisfecho por los hechos que tuvo ante sí.

Recuerde del capítulo 1 que los elementos de una norma suelen estar redactados en términos muy generales. Al redactar una opinión, el tribunal debe decidir si los hechos específicos de la disputa que tiene ante sí se encuentran dentro del significado de los hechos amplios y genéricos establecidos en la regla. En algunos casos, el tribunal encuentra el lenguaje del Estado de derecho tan claro que cree que sólo es posible un resultado. Por ejemplo, un tribunal probablemente dictaminaría que un Chevrolet rojo es un vehículo de motor.

En otros casos, el tribunal puede decidir que el lenguaje de la regla es demasiado general para dictar un resultado único y que se debe examinar la política detrás de la regla. El tribunal intentará decidir qué resultado promovería mejor las políticas subyacentes a esa norma en particular.

Por ejemplo, si la norma que se aplicará prohíbe el uso de un "vehículo de motor" en un parque, es posible que el tribunal tenga que decidir si un juguete a control remoto operado por un niño entra dentro de la definición de vehículo de motor.[2] El tribunal podrá decidir que los fines subyacentes a la norma son promover el uso recreativo del parque y garantizar la seguridad de los peatones. Debido a que un juguete controlado a distancia presenta relativamente poco peligro para los peatones, garantizar la seguridad de los peatones probablemente no requiera que el juguete sea considerado un vehículo de motor. Además, promover el uso recreativo del parque exigiría que el juguete *no* fuera considerado un vehículo de motor. Por lo tanto, el tribunal promovería las políticas subyacentes a la norma al decidir que el juguete no entra dentro del significado del término *vehículo de motor* .

Estas discusiones sobre políticas son de considerable importancia. Revelan las políticas detrás de las reglas y, como se mostrará en el capítulo 5, proporcionan una base para

decidir si los elementos de las reglas se satisfacen en casos futuros o incluso si las reglas deben cambiarse.

Paradójicamente, a pesar de su importancia, la discusión política puede ser la parte de la opinión menos estructurada o metódica. El tribunal puede simplemente anunciar que la política pública favorece un resultado particular, sin intentar explicar cómo sabía el tribunal que existía tal política.

Además, una decisión judicial, en lugar de basarse en una sola política, casi siempre refleja un equilibrio entre al menos dos políticas en competencia, una de las cuales apoyó la creación del derecho o deber y la otra se opuso a él. En el ejemplo anterior, la regla sobre vehículos motorizados se basó en políticas de promoción del uso recreativo de un parque y protección de los peatones. Por un lado, la política de seguridad de los peatones, llevada al extremo, habría requerido prohibir el juguete, ya que un peatón podría tropezar con él o asustarse. Por otro lado, promover el uso recreativo del parque, como se señaló, exigía que se permitiera el juguete.

El tribunal tiene que decidir, según las circunstancias del caso que tiene ante sí, cómo resolver el conflicto. Las explicaciones sobre cómo se resuelven esos conflictos suelen ser breves y concluyentes. El tribunal puede decidir que el resultado es necesario para promover una política particular, ignorando por completo las políticas en competencia.

A veces los tribunales no son explícitos acerca de las políticas que subyacen a sus decisiones y, por lo tanto, los abogados y jueces en casos posteriores deben inferir esas políticas; es decir, deben, de hecho, explicar las bases de la decisión después del hecho. Un abogado creativo que litiga casos posteriores puede atribuir al tribunal sentencias políticas que expliquen de manera plausible la decisión anterior y al mismo tiempo respalden la posición del cliente en el caso posterior.

En todo caso, la realización del análisis de cómo el tribunal aplicó la ley a los hechos permite al abogado determinar cuáles fueron los hechos dispositivos del dictamen. Los hechos dispositivos fueron aquellos en los que se basó el tribunal para decidir si se cumplían los elementos de la norma. Quizás el tribunal decidió que el juguete era un vehículo de motor en parte porque era autopropulsado. El abogado inferiría de esto que la autopropulsión era un hecho dispositivo.

O tal vez el tribunal decidió que el juguete no era un vehículo de motor porque no podía transportar conductor ni pasajeros. El abogado inferiría que la imposibilidad de transportar personas era un hecho dispositivo. Aunque en la opinión se pudieron haber mencionado otros detalles, como la forma, el color o el precio del juguete, el tribunal no se basó en ellos para decidir si se cumplía el elemento de un vehículo de motor y, por lo tanto, no eran hechos determinantes. .

Al identificar los hechos dispositivos, el abogado debe distinguir entre hechos necesarios y suficientes. Los hechos necesarios son aquellos que *deben* estar presentes para que se cumpla el elemento. Si no está presente un hecho necesario, el elemento no puede satisfacerse y la regla no puede aplicarse. La ausencia de un hecho necesario significa, por tanto, que no se cumple el elemento. La presencia de un hecho necesario, por otra parte, no

significa que *se* cumpla el elemento. El hecho puede ser necesario, pero no suficiente, para establecer el elemento.
Por ejemplo, si un dispositivo se considera vehículo de motor sólo si tiene un motor y es capaz de transportar pasajeros, entonces la presencia de un motor es un hecho necesario, pero no suficiente. El dispositivo también debe poder transportar pasajeros.
Son hechos suficientes aquellos cuya presencia establece el elemento pero que no necesitan estar presentes para que se cumpla. Si se presenta un hecho suficiente, entonces el elemento se cumple. Al mismo tiempo, su ausencia no significa que el elemento no se cumpla, porque puede estar presente algún otro hecho suficiente. El hecho es suficiente para establecer el elemento pero no es necesario.
Por ejemplo, si un dispositivo se considera un vehículo de motor si es autopropulsado, la presencia de un motor de combustión interna sería un hecho suficiente para satisfacer el elemento. Sin embargo, esto no es necesario, porque un motor eléctrico también cumpliría con este elemento.
La importancia de los hechos dispositivos y la distinción entre hechos necesarios y suficientes se analizarán con más detalle en los capítulos 3 y 5.

6. MANTENIMIENTO

La decisión del tribunal con respecto a una cuestión presentada se denomina celebración. Esta es la parte más importante de la decisión. En algunos casos, el tribunal anuncia la celebración con una expresión como “sostienemos”. En otros casos, el tribunal deja al abogado la tarea de identificar la explotación.
Todos los problemas inherentes a las reglas de identificación pueden existir en igual o mayor medida en la identificación de la explotación. Cuando el tribunal no expresa claramente la decisión, es posible que el abogado tenga que elaborarla a partir de declaraciones dispersas. Este proceso puede ser indeterminado, lo que puede dejar a los abogados en desacuerdo sobre lo que realmente se sostuvo en el caso y puede brindarle al abogado la oportunidad de articular la decisión en los términos más favorables para el cliente.
La afirmación debe distinguirse del *obiter dictum* , a menudo denominado simplemente *dictum* . La frase latina *obiter dictum* se puede traducir como "una palabra dicha de pasada". La decisión es esencialmente la decisión del caso, mientras que el dictamen consiste en declaraciones hechas por el tribunal que no eran estrictamente necesarias para la decisión. Dicho dictamen no es vinculante en casos futuros.
La distinción entre holding y dictamen promueve una serie de políticas importantes. En primer lugar, mejora la calidad de las decisiones judiciales. Es posible que el tribunal no haya considerado cuidadosamente cuestiones que no sean estrictamente necesarias para la decisión del caso. Incluso si el tribunal intenta considerar cuestiones innecesarias para la decisión, los jueces tienen competencia limitada e información limitada a su disposición. A diferencia de al menos algunos legisladores, no cuentan con un gran equipo de expertos ni pueden celebrar audiencias extensas a las que puedan citar testigos para que brinden

testimonio pericial. Más bien, los jueces suelen tener un pequeño equipo de secretarios, generalmente otros abogados, y los hechos que tienen a su disposición son los presentados por las partes. Es posible que las partes en el litigio no hayan investigado completamente los hechos que no son estrictamente relevantes para la disputa. De hecho, como se analizará en el capítulo 4, la información que no es relevante para la disputa ante el tribunal generalmente no es admisible como prueba en el juicio y, por lo tanto, no será considerada por el juez o el jurado. Un litigante cuyo interés principal es simplemente ganar una disputa en particular puede no tener la voluntad o la capacidad de dedicar recursos a discutir sobre las consecuencias futuras puramente hipotéticas de una regla amplia en particular. Una regla amplia que parece promover el orden público en la situación ante el tribunal puede ser contraproducente en otras situaciones no contempladas por el tribunal cuando articuló el lenguaje amplio. Además, debido a que las circunstancias cambian, incluso una norma que era sólida en el momento en que se anunció puede volverse obsoleta, problema que se exacerba si se anuncian reglas amplias innecesariamente. Dejar los asuntos sin resolver hasta que deban resolverse permite que la ley evolucione para adaptarse a las circunstancias cambiantes sin la necesidad de anular casos anteriores. Cuando una declaración es sólo un dictamen, los tribunales pueden ignorarla en casos posteriores porque no es vinculante. De esta manera se evitan las consecuencias potencialmente adversas de una norma mal considerada.

En segundo lugar, la distinción entre tenencia y dictamen puede defenderse sobre la base de la teoría democrática liberal. Las democracias liberales suelen caracterizarse por la separación de poderes, en la que el legislativo elabora la ley mientras el tribunal la interpreta para resolver disputas. La autoridad del tribunal para elaborar el derecho consuetudinario se considera coherente con la doctrina de la separación de poderes porque el legislador siempre puede modificar el derecho consuetudinario. En la medida en que el legislador no lo haga, se presume que aprueba las decisiones del tribunal. Sin embargo, el hecho de que el tribunal declare que normas jurídicas son innecesarias para la disputa amplía el papel del tribunal más allá de la función de simplemente resolver una disputa e invade el papel de la legislatura como órgano legislativo. Además, cada pronunciamiento de ley es un acto de coerción por parte del Estado. Al minimizar el alcance de sus pronunciamientos, el tribunal se abstiene de invasiones innecesarias de la libertad individual.

En tercer lugar, la distinción entre el holding y el dictum fortalece al poder judicial como institución. Como los jueces no son electos, las decisiones judiciales amenazan con desconectarse del sentimiento popular y socavar el apoyo popular al poder judicial. Al decidir sólo lo mínimo necesario y guardar silencio en caso contrario, el tribunal conserva la buena voluntad y el apoyo del pueblo.

Cuarto, la distinción entre la celebración y el dictamen promueve tanto la certeza como la flexibilidad en la ley. Al establecer reglas generales in dictum, el tribunal indica cómo piensa decidir casos futuros que de alguna manera sean similares al presente, promoviendo así la certeza. Al mismo tiempo, sin embargo, como el dictamen no es

vinculante, el tribunal puede en cualquier momento negarse a seguir el dictamen sin tener que anular el caso anterior, circunstancia que promueve la flexibilidad.

En un sentido técnico, dada la distinción entre una decisión y un dictamen, ningún tribunal puede jamás sostener que un hecho particular fue necesario para el resultado. Sostener que el hecho era necesario sería sostener, en efecto, que en cualquier situación en la que el hecho no esté presente el resultado sería diferente. Sin embargo, tal situación no está ante el tribunal y, por lo tanto, la declaración del tribunal sobre el resultado que se produciría en ausencia del hecho es un dictamen. Por esta razón, un tribunal, estrictamente hablando, sólo puede sostener que un hecho es suficiente para obtener el resultado, no que sea necesario. Sin embargo, este punto tiene una importancia limitada, dado que la sentencia, muy a menudo, *se* sigue en casos posteriores y, por lo tanto, el hecho se tratará en casos futuros como si fuera necesario. El uso de dictum en casos futuros se analiza con más detalle en el capítulo 5.

7. DISPOSICIÓN

Finalmente, el dictamen contiene la disposición. Una disposición es esencialmente una directiva procesal de algún tipo que da efecto a la decisión del tribunal. Por lo general, la disposición es que se confirme la sentencia del tribunal de primera instancia o que se revoque. En algunos casos, además de revocar la sentencia del tribunal de primera instancia, el tribunal de apelaciones devuelve el caso al tribunal de primera instancia para procedimientos adicionales, como un nuevo juicio. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando el tribunal de primera instancia admitió indebidamente ciertos testimonios como prueba. El tribunal de apelaciones ordenará que se vuelva a juzgar el caso sin el testimonio inadmisible.

8. DISIDENCIAS Y CONCURRENCIAS

Los tribunales de apelación generalmente están compuestos por más de un miembro y deciden los casos por mayoría de votos. Cuando el tribunal de apelaciones tiene tres miembros, las decisiones unánimes son comunes. Cuando el tribunal de apelación tiene más de tres miembros, la probabilidad de que el tribunal esté dividido es mucho mayor. La Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, está compuesta por nueve magistrados y es común que la Corte tome decisiones divididas. Los jueces de apelación que constituyen la mayoría emiten una opinión mayoritaria, generalmente redactada por uno de ellos, pero indicando que los demás miembros de la mayoría "se unen", es decir, están de acuerdo con la opinión. Ocasionalmente, un tribunal emite una opinión *per curiam* (en latín, "por el tribunal"). Tal opinión no lleva el nombre del autor ni de ningún otro juez.

Si un juez de apelación no está de acuerdo con la mayoría con respecto a la disposición del caso, ese juez puede escribir una opinión disidente explicando las bases de su desacuerdo. Si el tribunal tiene más de tres miembros, otros jueces de la minoría pueden sumarse al disenso. Una opinión disidente no tiene autoridad vinculante de ningún tipo. Para usar la

terminología de la siguiente sección, no tiene un efecto de mirada decisis vertical ni horizontal. En casos futuros, los tribunales pueden ignorarlo por completo. Sólo las declaraciones que cuenten con el apoyo de la mayoría de los jueces que votan en el caso tienen efecto vinculante. Sin embargo, una opinión disidente es útil para el abogado por al menos dos razones. En primer lugar, el disenso proporciona argumentos en contra del resultado alcanzado por la mayoría, lo que inevitablemente significa que incluye críticas al razonamiento de la mayoría. Un abogado que busque un resultado contrario al alcanzado por la mayoría puede adoptar los argumentos presentados en la opinión disidente y puede citar la disidencia como autoridad persuasiva, es decir, un precedente que proporciona orientación pero no es vinculante. Por ejemplo, el abogado puede apelar la decisión del tribunal de apelaciones ante un tribunal supremo, donde se basará en el disenso para presentar argumentos a favor de revocar la decisión del tribunal de apelaciones. Alternativamente, el abogado puede estar intentando persuadir a un tribunal de apelaciones para que anule su propia decisión anterior, y también en esta situación el abogado puede adoptar argumentos del disentimiento y citar el disentimiento como autoridad persuasiva. Una segunda razón por la que un disenso es útil para el abogado es que revela el razonamiento de uno o más miembros del tribunal. Un abogado que defienda un caso futuro ante el tribunal puede estudiar una disidencia en busca de indicaciones sobre los tipos de argumentos que atraerán a aquellos miembros que escribieron o se sumaron a la disidencia. Los casos de la Corte Suprema de Estados Unidos a menudo se deciden mediante una votación muy reñida, con cinco jueces en mayoría y cuatro en desacuerdo. Un abogado puede determinar a partir del disenso cómo es probable que voten los jueces disidentes en casos futuros y adaptar los argumentos para atraerlos. A medida que la composición de la Corte cambia con el tiempo, los jueces que escribieron en desacuerdo pueden obtener una mayoría, lo que les permitirá revertir o modificar la decisión anterior con la que discreparon.

En algunos casos, un juez de apelación está de acuerdo con la mayoría con respecto a la disposición del caso y gran parte o todo el razonamiento, pero aún así escribe su propia opinión. Una opinión separada escrita por un miembro de la mayoría pero que no es la opinión mayoritaria se denomina opinión concurrente. Los jueces escriben opiniones concurrentes por diversas razones. Por ejemplo, un juez puede desear ofrecer argumentos en apoyo de la decisión que no están incluidos en la opinión mayoritaria, tal vez porque no todos los jueces de la mayoría están de acuerdo con los argumentos. Un juez en esta situación puede creer que su opinión concurrente fortalece el argumento a favor de la decisión. Alternativamente, un juez puede desear enfatizar los límites de la opinión mayoritaria o los límites de su apoyo a la opinión mayoritaria. Es decir, el juez concurrente puede indicar que si bien votó con la mayoría en las circunstancias de este caso, podría votar de manera diferente en otras circunstancias. Debido a que una concurrencia no cuenta con el apoyo de la mayoría del tribunal, no tiene efecto vinculante. Sin embargo, los acuerdos son útiles para los abogados por las mismas razones que los disidentes son útiles. Proporcionan argumentos, a menudo a favor de la decisión en este caso, pero a veces a favor de una decisión diferente en casos futuros, y revelan el razonamiento de uno o más

miembros del tribunal. Un abogado que lea las coincidencias y los disidentes puede darse cuenta de que un caso futuro puede decidirse de manera diferente a un caso pasado mediante una combinación de votos de jueces disidentes que no estuvieron de acuerdo con el caso anterior y jueces concurrentes que apoyaron la decisión en el caso anterior sólo en el caso limitado. circunstancias de ese caso.

En ocasiones, un juez está de acuerdo con la mayoría sólo con respecto a la disposición del caso. En esa situación, es probable que el juez emita un dictamen coincidente con el resultado. Es decir, la jueza manifiesta que está de acuerdo con la mayoría respecto de la disposición del caso, pero no está de acuerdo con el razonamiento de la mayoría. Luego, la juez explica sus propias razones para llegar a ese resultado. Por supuesto, tales acuerdos no tienen ningún efecto vinculante. Sin embargo, nuevamente son de interés para el abogado porque son una fuente de argumentos y porque revelan el razonamiento de uno o más miembros del tribunal.

Periódicamente, la mayoría no puede ponerse de acuerdo sobre las razones del resultado. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos a veces decide casos en los que una mayoría está de acuerdo con la disposición, pero ninguna razón para esa disposición cuenta con el apoyo de cinco de los nueve jueces, es decir, de la mayoría. En esa situación, los jueces que sean mayoría respecto de la disposición se dividirán en grupos según su razonamiento. El grupo más numeroso emitirá una opinión plural. El voto de pluralidad anuncia el resultado y explica el razonamiento de los miembros del Tribunal que han escrito o se han sumado a ese voto. Técnicamente, sin embargo, nada en la opinión que no sea la disposición tiene efecto vinculante porque nada más en la opinión cuenta con el apoyo de una mayoría. En otras palabras, técnicamente, la opinión de la pluralidad no tiene más autoridad vinculante que la concurrencia. Sin embargo, debido a que la opinión refleja las opiniones de una gran parte de la Corte, puede tener un fuerte efecto persuasivo en casos futuros.

Como las decisiones se toman por mayoría y cada juez decide cada asunto individualmente, una decisión puede comprender una red compleja de votos, particularmente en un tribunal grande como la Corte Suprema de Estados Unidos. Han surgido casos en los que tres o cuatro magistrados desean decidir el caso de una manera, tres o cuatro magistrados desean decidirlo de otra manera y los magistrados restantes se encuentran de acuerdo con un grupo de magistrados en algunas cuestiones y el otro grupo de los magistrados sobre otras cuestiones. Estos jueces restantes emiten los “votos indecisos” que deciden el caso. Pueden combinarse con un grupo de magistrados en ciertos temas y el otro grupo en otros temas, de modo que ninguno de los grupos prevalezca en todos los temas. A veces, un solo juez tiene el voto decisivo decisivo. El resultado final reflejará las opiniones de ese único juez.

B. Introducción al Stare Decisis

Mientras que las leyes son vinculantes para los tribunales debido a la doctrina de la separación de poderes, la jurisprudencia es vinculante debido a la doctrina del stare decisis. Este término es una forma abreviada de la frase latina *stare decisis et non quieta movere,* que significa "respetar las decisiones y no perturbar lo que está decidido". Según esta doctrina, se espera que un tribunal decida casos “similares” de la misma manera. Es decir, una decisión en un caso es vinculante en todos los casos similares futuros.

A veces se dice que el principio de stare decisis tiene una dimensión vertical y otra horizontal. La dimensión vertical se aplica a la relación entre un tribunal superior y un tribunal inferior en la misma jurisdicción. En teoría, un tribunal inferior siempre debe acatar las decisiones de un tribunal superior. Si en un caso particular un tribunal inferior se aparta de las decisiones de un tribunal superior, la parte perdedora en ese caso presumiblemente apelará, y el tribunal superior revocará la decisión del tribunal inferior. La dimensión horizontal se aplica a la forma en que un tribunal debe tratar sus propias decisiones anteriores. En este libro, las referencias al stare decisis generalmente se referirán a la dimensión horizontal.

La dimensión horizontal del stare decisis no impone una prohibición absoluta de apartarse del precedente. Cuando hay justificación suficiente, un tribunal puede anular un caso anterior; de hecho, decidir un caso similar de manera diferente a como lo hizo la última vez que surgió dicho caso. Sin embargo, el stare decisis impone una fuerte presunción de que se seguirán los casos anteriores.[3]

Stare decisis es, por tanto, una fuente tanto de certeza como de flexibilidad en el derecho. Los casos nuevos generalmente deben decidirse de manera coherente con los casos anteriores, promoviendo así la certeza. Al mismo tiempo, el stare decisis permite cambios cuando las políticas subyacentes parecen requerirlo.[4] Stare decisis también promueve la equidad y la eficiencia. Promueve la equidad al exigir que casos similares se decidan de la misma manera, lo que conduce a la igualdad de justicia ante la ley. Promueve la eficiencia al evitar la necesidad de volver a litigar el mismo tema cada vez que surge.

Una consecuencia de la doctrina del stare decisis es que los tribunales no necesariamente buscan decidir un caso de la manera que produzca el mejor resultado. Más bien, en teoría los tribunales buscan decidir un caso de manera consistente con casos anteriores. Sólo con una justificación sustancial puede el tribunal apartarse del precedente. Si el tribunal fuera libre de decidir cada caso de manera que obtuviera el mejor resultado, entonces el stare decisis no tendría sentido. Los tribunales seguirían el precedente sólo cuando al hacerlo se obtuviera el mejor resultado, aunque presumiblemente habrían decidido el caso de la misma manera incluso sin el precedente. La esperanza es que seguir el precedente produzca los mejores resultados en la mayoría de los casos. Si un tribunal cree que un precedente en particular ya no produce el mejor resultado en la mayoría de los casos, entonces puede estar justificado anular el precedente.

La doctrina del stare decisis está condicionada por una distinción entre la celebración de un caso y el dictamen, ya descrito. Según la doctrina del stare decisis, sólo la tenencia se considera vinculante; la frase no lo es. Dictum indica la política del tribunal y ofrece pistas sobre cómo el tribunal decidiría casos futuros. Además, salvo cambios en las circunstancias o en la composición del tribunal, es probable que se siga la sentencia en casos futuros. Sin embargo, no es necesario seguir el dictamen, mientras que sí se debe seguir la tenencia, a menos que haya justificación suficiente para apartarse de la doctrina del stare decisis.

Por esta razón, la celebración es la parte más importante de un dictamen judicial. Es la única parte que, en rigor, será vinculante en casos futuros. Por encima de todo, el análisis del caso debe dar lugar a la identificación de la explotación. Todo lo demás es secundario.

La afirmación de que la tenencia es de importancia primordial parece extrañamente inconsistente con el énfasis hecho en páginas anteriores en la identificación de normas de derecho. Sin embargo, en realidad no hay inconsistencia, porque una participación es en esencia una norma de derecho expresada en un bajo nivel de generalidad. Es simplemente una norma de derecho reformulada en términos de los hechos de un caso particular.

Por ejemplo, un caso particular puede establecer el estado de derecho de que un individuo que no ejerce un cuidado razonable por su propia seguridad física es contributivamente negligente. [5] El caso puede continuar sosteniendo que una persona que no mira a ambos lados antes de cruzar una vía de ferrocarril es contributivamente negligente. El predicado fáctico de la regla es la falta de ejercicio de un cuidado razonable, mientras que el predicado fáctico de la afirmación es la falta de mirar en ambos sentidos. No mirar a ambos lados es simplemente un caso específico de no ejercer un cuidado razonable. La celebración es sólo un caso específico del estado de derecho más general.

De hecho, es posible que los tribunales en casos posteriores ni siquiera distingan entre una norma de derecho tomada de un caso anterior y la decisión de ese mismo caso. Por lo tanto, una declaración de una norma de derecho que constituyó un dictamen en un caso anterior puede caracterizarse en casos posteriores como una celebración, a fin de que la declaración parezca vinculante en los casos posteriores. De hecho, el tribunal en el caso anterior puede haberse referido a su declaración de reglas como una decisión. Como esto sugiere, los tribunales no siempre son cuidadosos al distinguir entre dictamen y decisión.

La doctrina del stare decisis se basa en una paradoja. Por un lado, un tribunal tiene el poder de decidir sólo la disputa que tiene ante sí, y las reglas que anuncia son vinculantes sólo en casos similares. Por otro lado, los tribunales que deciden casos futuros determinan si esos casos futuros son similares al caso anterior y, por lo tanto, si se debe seguir el caso anterior. La paradoja es, por tanto, que un caso anterior vincula a un tribunal, pero sólo si el tribunal decide que el caso anterior es aplicable.

La mayoría de los abogados, al notar esta paradoja, eventualmente llegan a comprender que el common law no es un conjunto de reglas fijas, sino más bien un proceso. Es un proceso mediante el cual los casos posteriores se deciden de una manera que parece coherente con los casos anteriores, aunque sólo cuando se han decidido los casos posteriores se conoce el verdadero significado de los casos anteriores. Al decidir continuamente qué casos son similares o diferentes a casos anteriores, los tribunales, en

efecto, están dando forma al contenido de las reglas previamente anunciadas. Las reglas se definen a medida que se aplican y la ley está en constante estado de evolución, explicación y elaboración.

III. ANÁLISIS DE DERECHOS Y DEBERES

Al identificar las reglas de derecho, ya sea que dichas reglas se hayan extraído de la jurisprudencia o de la ley promulgada, el abogado debe tener cuidado de caracterizar correctamente el derecho o deber preciso creado. En este último apartado se identifican algunas de las características importantes de un derecho o deber.

A. El significado de derecho y deber

Como cuestión inicial, los derechos y deberes deben entenderse como tipos de relaciones jurídicas entre personas o entidades. La ley a veces utiliza términos distintos de derecho o deber para identificar una relación jurídica. Otros términos similares incluyen *poder* , *responsabilidad* , *privilegio* e *inmunidad* .

Sin embargo, la mayoría de los abogados tienden a utilizar los dos términos *derecho* y *deber* en un sentido lo suficientemente amplio como para abarcar casi todas las relaciones jurídicas. El término *deber* generalmente se refiere a una relación jurídica que requiere que una persona realice alguna acción, como en el caso del deber de ejercer un cuidado razonable al realizar una operación quirúrgica. El término *derecho* suele utilizarse de dos maneras diferentes. En primer lugar, se refiere a una relación jurídica que faculta a una persona o entidad a realizar alguna acción, como en el derecho a votar en una elección. En segundo lugar, también se refiere a una relación jurídica que faculta a una persona o entidad a reclamar acciones por parte de otra, como en el derecho a recibir el pago de una compensación.

En aras de la brevedad, la discusión en este libro sigue la práctica común de utilizar *derecho* y *deber* en un sentido amplio para referirse a relaciones jurídicas en general. Ocasionalmente, cuando el uso común se ha fijado en uno de los otros términos, como en el caso del *privilegio abogado-cliente* , se utilizará el otro término.

Los términos *derecho* y *deber* a menudo pueden usarse para describir exactamente la misma relación jurídica, aunque desde la perspectiva de una persona diferente en la relación. Por ejemplo, un abogado puede decir que un médico negligente tiene el deber de pagar una indemnización a un paciente lesionado y que el paciente tiene derecho a recibir una indemnización del médico. Ambos tienen una única relación que puede describirse desde la perspectiva del paciente como un derecho y desde la perspectiva del médico como un deber.

Los términos *derecho* y *deber* también se pueden utilizar para referirse colectivamente a varios derechos o deberes más específicos. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad del propietario se refiere colectivamente a una serie de derechos, como el derecho a excluir a otros de la tierra y el derecho a traspasar la tierra a otra persona.

B. Tres características de los derechos y deberes

Describir un derecho o un deber requiere que el abogado identifique tres características de la relación jurídica. Cada uno de estos se analiza por turno.

En primer lugar, el abogado debe identificar las personas entre las que existe la relación. Supongamos, por ejemplo, que el paciente tiene derecho a una compensación por parte del médico. Ese derecho crearía una relación jurídica únicamente entre esas dos personas. No crearía ninguna relación entre el paciente y el tío del médico en Louisville.

Pueden existir relaciones jurídicas entre más de dos personas. De hecho, algunos derechos crean una relación jurídica entre una persona y el mundo entero. Por ejemplo, generalmente se dice que el propietario de un bien inmueble tiene derecho a excluir a todas las personas del mundo de esa propiedad. Los derechos que existen contra todas las personas a menudo se denominan derechos *rem* (una frase latina que significa "hacia la cosa"). Los derechos que existen sólo contra individuos específicos a menudo se denominan derechos *in personam* (una frase latina que significa "hacia la persona").

Una segunda característica de una relación jurídica que el abogado debe identificar es su objeto, es decir, el tipo de conducta que rige el derecho o deber. Por ejemplo, la obligación de pagar una indemnización exige que una persona pague dinero a otra. El derecho a excluir a otros de la tierra puede facultar al propietario a construir una valla, pero no a colocar minas terrestres, alrededor del perímetro de la tierra. Cada derecho o deber requiere o permite sólo ciertos tipos de conducta.

Una tercera característica que el abogado debe identificar es la naturaleza de la relación, valorando si la relación es obligatoria o permisiva. Así, el abogado debe estar atento a si una relación jurídica *requiere* o simplemente *permite* determinada conducta.[6] Por ejemplo, el derecho a excluir a otros de la propia tierra permite al propietario construir una cerca, pero no exige que lo haga.

C. El significado de las tres características

Como se ha comentado, el razonamiento jurídico es el proceso de utilizar reglas para sacar conclusiones sobre la existencia de derechos o deberes particulares en una situación determinada. Más específicamente, el abogado debe llegar a alguna conclusión sobre si el derecho o el deber descrito en la consecuencia jurídica de una norma también se aplica a la situación bajo revisión. Al aplicar una norma a una situación nueva, el abogado debe asegurarse de que no se modifiquen las características del derecho o del deber. Cambiar las características es cambiar la relación jurídica.

Por ejemplo, volviendo a la ilustración de la introducción, el abogado puede concluir que el periodista tiene el deber contractual de no publicar el nombre del informante. Al analizar las reglas que describen las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de contrato, el abogado debe ser preciso acerca de si el derecho del prometido, tal como se describe en las reglas, es obtener el cumplimiento de la promesa o una compensación por el incumplimiento. Esto, a su vez, determinará si el derecho del informante es obtener una orden judicial que prohíba la publicación del nombre o simplemente obtener una compensación después de que se publique el nombre. No ser preciso podría dar lugar a llegar a una conclusión errónea, como la conclusión de que la promesa del periodista confería al informante el derecho a detener la publicación cuando sólo le confería el derecho a obtener una compensación en caso de publicación.

Una fuente de dificultad es que las referencias a un derecho (como el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad o el derecho a la libertad de expresión) pueden significar diferentes cosas en diferentes contextos. En cada contexto, el término puede tener características ligeramente diferentes. Puede ser que al anunciar la existencia de un derecho o deber el propio tribunal no fuera preciso acerca de las características del derecho o del deber.

Otra fuente de dificultad es que los abogados pueden manipular el nivel de generalidad en el que se establece una norma de jurisprudencia. Al hacerlo, el abogado cambia las características del derecho o del deber descrito en la consecuencia jurídica de la norma. Por lo tanto, el derecho o el deber que se determina que existe en la situación bajo revisión tiene características diferentes a las del derecho o el deber descrito en la norma que lo rige.

Como esto sugiere, en algunos casos, el abogado, al aplicar una regla a una situación, puede cambiar deliberadamente una o más de las características del derecho o deber descritos en la regla que la rige para cambiar el resultado que la regla parece lograr. requerir. Por ejemplo, el abogado puede encontrar una regla que establezca que un propietario tiene derecho a construir una cerca alrededor de su tierra para excluir a otros, pero puede reformular el derecho de manera más general como un derecho a excluir a otros de la tierra. El abogado afirma ahora que el cliente tiene derecho a cavar una zanja alrededor del perímetro del terreno. Al manipular niveles de generalidad, el abogado intenta transformar el derecho a construir una valla en un derecho a cavar una zanja.

3

SINTETIZANDO LA LEY

El tercer paso en el razonamiento jurídico es sintetizar las normas de derecho en un marco único y coherente que pueda aplicarse a los hechos. Esto requiere que el abogado determine la relación que cada regla guarda con las demás.

Además, el razonamiento jurídico a veces requiere que el abogado construya un segundo tipo de síntesis, algo diferente: la síntesis de una sola regla a partir de una serie de tenencias para regir una situación que no está dentro del predicado fáctico de ninguna regla o tenencia anterior. Así, en este segundo tipo de síntesis, el resultado no es un marco de reglas sino una regla única. Esta regla, por supuesto, una vez construida, se integra en el marco más amplio de reglas.

Este capítulo analiza ambos tipos de síntesis. En la primera sección, se describen las técnicas para organizar reglas en un marco. En el segundo, se discuten las formas en que un abogado sintetiza una nueva regla para ser ubicada dentro del marco.

I. REGLAS DE SINTETIZACIÓN: DE LO GENERAL A LO ESPECÍFICO

Sintetizar las reglas en un marco coherente significa, en efecto, que el abogado crea un esquema de las reglas aplicables, con reglas más específicas categorizadas bajo reglas más generales. En la medida en que el análisis de estatutos y casos realizado por el abogado haya identificado las políticas subyacentes a las reglas, el abogado debería incluirlas también en la síntesis.[1]

Como se analizará en el capítulo 5, no todas las reglas se aplican de la misma manera. Así, al sintetizar las reglas, el abogado debe tomar nota de la fuente de la regla y, si la regla se deriva de la jurisprudencia, observar si se trata de una afirmación o un dictamen.

A. El principio organizativo básico

El principio organizativo clave en el razonamiento jurídico es pasar de lo general a lo específico. Por esta razón, el abogado suele comenzar con reglas generales del derecho, que dirigen la búsqueda hacia reglas más específicas, que luego pueden aplicarse a hechos específicos para producir una conclusión.

Así, al construir una síntesis, el abogado se mueve de manera similar de lo general a lo específico, esforzándose por identificar las reglas generales bajo las cuales se pueden clasificar las reglas más específicas, esencialmente en forma de esquema. Estas reglas más específicas pueden considerarse como "subreglas" de las reglas más generales.

El proceso de categorización se lleva a cabo determinando el tipo de relación que cada regla guarda con las demás. La relación entre las reglas determina la ubicación de cada regla en la síntesis o esquema.

Los abogados han desarrollado formas convencionales de organizar grandes categorías de reglas. Como se analizó al comienzo del capítulo 1, una síntesis de todo el cuerpo de derecho al más alto nivel de generalidad normalmente organiza las reglas como derecho público y derecho privado y luego como derecho sustantivo y derecho procesal. Dentro de estas categorías amplias, se realizan clasificaciones de temas. Por ejemplo, dentro del derecho sustantivo privado, las categorías de materias convencionales incluyen contratos y agravios, categorías que se definen en los capítulos 7 y 8, respectivamente. Dentro de cada una de las clasificaciones temáticas, el abogado debe determinar la relación que tiene cada regla con las demás.

B. Relaciones entre reglas

En su mayor parte, dos reglas cualesquiera pueden tener sólo una de las pocas relaciones posibles entre sí. Esta subsección describe varias relaciones posibles.[2]

1. NORMAS QUE DEFINEN UN ELEMENTO DE UNA NORMA MÁS GENERAL

En primer lugar, una regla puede definir un elemento de otra regla. Por ejemplo, una regla encontrada en un primer caso puede establecer que alguien que toca intencionalmente a otro de manera ofensiva es responsable de una agresión. Una regla encontrada en un segundo caso puede establecer que un toque es ofensivo si una persona razonable dadas las circunstancias lo consideraría así. En este ejemplo, la segunda regla define un elemento (el elemento ofensivo) de la primera regla. La segunda regla es más específica que la primera y debería catalogarse como una subregla de la primera. Es posible que en otros casos se hayan producido reglas que definan los demás elementos de una agresión, y también se clasificarían bajo la regla más general que crea responsabilidad por la comisión de una agresión.

Cuando la regla general es una regla legal, las reglas más específicas que definen sus elementos probablemente incluyan normas tanto legales como de jurisprudencia. Al promulgar una ley, una legislatura muy comúnmente promulga secciones específicas que tienen la única función de definir los elementos de la norma legal. Muchos estatutos incluyen una sección que está explícitamente etiquetada como sección de “definiciones”. Si la legislatura no define un elemento del estatuto, los tribunales pueden necesitar crear reglas de jurisprudencia que definan el elemento para poder aplicar el estatuto a disputas particulares. También puede suceder que la legislatura promulgue una definición, pero la definición en sí misma puede no ser clara. En esa situación, los tribunales deben crear normas de jurisprudencia que definan los elementos de la definición. En cualquier caso, los elementos de las normas legales suelen estar definidos por una combinación de normas legales y jurisprudenciales.

Cuando la regla general es una regla de jurisprudencia, el abogado generalmente encuentra que las reglas más específicas que definen elementos de la regla general se basan únicamente en la jurisprudencia. Es inusual encontrar una ley que haya sido promulgada con el propósito de definir un elemento de una norma de jurisprudencia. Las definiciones legales se promulgan casi exclusivamente con el fin de definir los elementos de las normas legales.

2. NORMAS QUE APLICAN UNA NORMA MÁS GENERAL

En segundo lugar, una regla puede servir como aplicación de otra regla. En otras palabras, una regla puede establecer la manera en que se aplica una regla más general a una situación específica.

Por ejemplo, un caso puede anunciar la regla de que un médico que realiza una cirugía a otra persona sin su consentimiento es responsable de una agresión. En realidad, esta regla no es más que una aplicación específica de la regla que acabamos de describir, creando responsabilidad por la comisión de una agresión. La regla que impone responsabilidad a un médico es más específica que la primera regla, impone responsabilidad a cualquier persona por la comisión de una agresión y debe clasificarse como una subregla de la primera.

Una regla específica que aplica una regla más general a un conjunto particular de hechos puede ser técnicamente la resolución de un caso. Como se ha visto, muy a menudo las tenencias son meras aplicaciones particularizadas de reglas. Por razones que se explican en el capítulo 5, el abogado debe tener en cuenta el hecho de que una regla particular es la celebración de un caso, a diferencia de un dictamen, pero eso no afectará la ubicación de la regla en la síntesis.

Una norma específica que aplique una norma más general también puede tener el efecto de ilustrar las definiciones de los elementos. Por ejemplo, la norma que impone responsabilidad al médico por una agresión designa en efecto una operación quirúrgica como ilustración de lo que se entiende por contacto ofensivo.

Independientemente de si la regla general es una norma legal o una norma de jurisprudencia, la norma más específica que la aplica suele ser creada por la jurisprudencia. De hecho, la función principal de los tribunales es aplicar leyes y normas de jurisprudencia a situaciones específicas.

Es inusual que una norma legal sirva como aplicación específica de una norma legal o jurisprudencial más general. Como se explicó en el capítulo 1, las legislaturas generalmente intentan promulgar leyes que operan con un alto nivel de generalidad y generalmente no promulgan leyes que sean simplemente aplicaciones más específicas de otras leyes ya vigentes.

Sin embargo, recordando que la palabra *estatuto* se utiliza en este libro en un sentido amplio para referirse a todas las leyes promulgadas, el lector debe tener en cuenta que hay casos en los que una norma promulgada es en realidad la aplicación de otra norma promulgada. Quizás esto sea más probable en situaciones en las que una agencia administrativa ha emitido reglamentos que implementan un estatuto. Algunas normas administrativas pueden no ser más que declaraciones que aplican la ley a situaciones fácticas específicas.

3. NORMAS LIMITADORAS DE UNA NORMA MÁS GENERAL

En tercer lugar, una norma puede servir como limitación del alcance de otra norma, lo que significa que una norma puede especificar situaciones en las que otra norma no se aplica.

Por ejemplo, un caso puede establecer la regla de que quien usa fuerza razonable contra otra persona necesaria para la autodefensa contra lesiones corporales inminentes no es responsable ante esa otra persona por una agresión. A primera vista, esta norma relativa a la legítima defensa parece contradecir la norma general que impone la responsabilidad por agresión. Y, en cierto sentido, las reglas son contradictorias. Pero la contradicción existe

sólo en un conjunto específico de circunstancias: aquellas circunstancias en las que la fuerza es necesaria para la autodefensa. Debido a que la regla de legítima defensa describe las circunstancias bajo las cuales prevalece sobre la regla general, la contradicción puede resolverse tratando la regla de legítima defensa como simplemente una limitación o una excepción a la regla general.

Una regla que crea una excepción o limita el alcance de otra regla es obviamente más específica que la otra regla. Por lo tanto, la regla más estricta y limitante debe clasificarse como una subregla de la regla más general.

Cuando dos reglas se contradicen, a veces surge la pregunta de cuál es la regla general y cuál es la excepción. La regla general, por supuesto, es simplemente la regla que se aplica al conjunto más amplio de circunstancias.

A menudo, identificar la regla que constituye la excepción requiere poco más que examinar el texto de las reglas. Por ejemplo, una regla puede establecer explícitamente que es una excepción a una regla más general. Incluso si una regla no establece explícitamente que es una excepción, su excepcionalidad puede estar implícita porque la regla define un conjunto relativamente limitado de circunstancias en las que prevalece sobre otra regla, dejando claro que la otra regla prevalece en todas las demás circunstancias.

A veces, la cuestión de cuál es la regla general y cuál la excepción no está clara. Además, la respuesta puede cambiar con el tiempo. A veces se aplica una excepción a una gama cada vez más amplia de circunstancias hasta que la supuesta excepción se vuelve más aplicable que la regla general. Los abogados hablan de esta situación como una situación en la que "la excepción se traga la regla". Al final, se reconoce abiertamente que la "excepción" es la nueva regla general.

Por supuesto, es probable que las normas legales establezcan explícitamente cuál es la regla general y cuál la excepción. Además, como el lenguaje de las leyes es fijo, es menos probable que las normas legales produzcan el fenómeno de que una excepción crezca hasta tragarse la regla general.

Cuando la regla general es una norma de jurisprudencia, la mayoría de las excepciones suelen ser también normas de jurisprudencia. Ocasionalmente, una legislatura promulga una ley destinada a modificar el derecho consuetudinario en algún aspecto, y esa ley, en efecto, puede crear una limitación a una norma de jurisprudencia.

Cuando la regla general es una ley, las excepciones casi siempre son normas legales. La doctrina de la separación de poderes, descrita en el capítulo 1, impide a los tribunales modificar las leyes mediante la jurisprudencia.

Sin embargo, en ocasiones un tribunal puede crear lo que equivale a una limitación de jurisprudencia sobre una ley. Una forma de crear una limitación de jurisprudencia sobre una norma legal es interpretar que el lenguaje del estatuto no se aplica a ciertas situaciones. Al hacerlo, el tribunal no pretende anular al legislador. Más bien, afirma estar logrando el resultado que el legislador habría pretendido si hubiera anticipado la situación particular ante el tribunal.

Otra forma de crear una limitación jurisprudencial a una norma legal es sostener que la ley sería inconstitucional sin la limitación. Como se señaló en el capítulo 1, según la doctrina de

la revisión judicial, los tribunales tienen la facultad de determinar la constitucionalidad de la legislación. Una vez más, el tribunal no pretende anular a la legislatura. Más bien, afirma que la norma promulgada por la legislatura en esta situación es anulada por una norma promulgada de la Constitución.

4. NORMAS ACUMULATIVAS A OTRA NORMA

Cuarto, una norma puede ser acumulativa de otra. En otras palabras, una regla puede describir un derecho o deber diferente al de otra regla. O puede describir un conjunto diferente de hechos que darán lugar al mismo derecho o deber.

En cualquier caso, las dos reglas no son alternativas mutuamente excluyentes porque ambas pueden aplicarse simultáneamente. Como los derechos o deberes son acumulativos, no hay contradicción entre las dos reglas; es decir, ninguna regla limita a la otra.

Por ejemplo, un caso puede establecer una regla según la cual alguien que intencionalmente causa a otro la aprensión de un contacto ofensivo inminente es responsable por agresión. Esta regla define una responsabilidad (la responsabilidad por una agresión) que es acumulativa a la responsabilidad por una agresión. Uno puede cometer una agresión, sin cometer también una agresión, haciendo que la víctima tema un daño corporal que finalmente no se inflige. O uno puede cometer una agresión, sin cometer también una agresión, tocando ofensivamente a una víctima dormida. Además, uno puede cometer ambos agravios al causar el miedo a sufrir daños corporales, acompañado de la imposición real del daño. Estas reglas son acumulativas en el sentido de que cualquiera o ambas pueden aplicarse a los hechos sin afectar la aplicabilidad de la otra.

Cuando dos reglas crean derechos o deberes acumulativos, ocupan lugares paralelos en la síntesis. Ninguno es más general que el otro. Por tanto, ninguna de las dos se clasifica como una subregla de la otra. Más bien, existen al mismo nivel de generalidad.

Las reglas acumulativas pueden ser reglas de jurisprudencia o reglas legales, o pueden ser una combinación de ambas. No es inusual, por ejemplo, que normas de derecho consuetudinario que imponen responsabilidad por determinada conducta coexistan con normas legales que imponen responsabilidad por conducta similar. Un ejemplo de esto ocurre cuando las normas legales que imponen responsabilidad por prácticas comerciales desleales y engañosas coexisten con normas de derecho consuetudinario que imponen responsabilidad por fraude.

5. NORMAS QUE CONTRADICEN OTRA REGLA

Quinto, una regla puede contradecir a otra. Es decir, una regla puede establecer que un derecho o deber particular existe bajo un conjunto específico de circunstancias, mientras que la otra regla establece que tal derecho o deber no existe bajo esas mismas circunstancias.

En teoría, esta situación no debería ocurrir. Se supone que la ley es un marco internamente consistente de reglas que pueden armonizarse de modo que las reglas conduzcan a un solo resultado en una situación dada.

Por tanto, el razonamiento jurídico dominante exige que se resuelva la contradicción entre las dos normas. Los abogados pueden resolver una contradicción entre reglas de al menos tres maneras.

Una solución se encuentra tratando una regla simplemente reemplazando a la otra regla. Si las normas emanan de fuentes diferentes, entonces los principios constitucionales pueden proporcionar una base para subordinar una norma a otra. Por ejemplo, una norma federal generalmente prevalece sobre una norma estatal contraria.[3]

Si las reglas emanan de la misma fuente, entonces la regla que se desarrolló más tarde a menudo se considera que desplaza a la regla anterior. Cuando ambas normas son estatutarias, esta resolución es prácticamente inevitable debido al principio de interpretación legal según el cual una ley posterior prevalece sobre una ley anterior inconsistente. Cuando ambas reglas son reglas de jurisprudencia, el tribunal en el último caso a veces declara explícitamente que la decisión anterior es revocada y, por lo tanto, no existe ninguna contradicción. En otros casos, el último caso repudia tan completamente el razonamiento del caso anterior que sugiere implícitamente que el caso anterior ya no establece la ley, situación en la que se dice que el caso anterior fue anulado sub silentio, es decir , por silencio.[4]

Debido a la doctrina de la separación de poderes, una norma de jurisprudencia rara vez puede reemplazar a una norma legal. La situación principal en la que una norma jurisprudencial reemplaza a una norma legal ocurre cuando el tribunal declara inconstitucional una ley. Por supuesto, en esa situación, el tribunal ha sostenido, en efecto, que una norma promulgada, una disposición de la Constitución, reemplaza a otra norma promulgada, la ley. Además, una norma de jurisprudencia puede efectivamente reemplazar una norma legal cuando un tribunal interpreta o aplica la norma legal de una manera que aparentemente es inconsistente con su lenguaje.

Una segunda manera de lograr la resolución del conflicto es tratar una regla como una limitación o una excepción a otra regla. Como se analizó anteriormente, esta explicación de la relación entre las reglas es especialmente plausible si una regla, según sus términos, se aplica sólo a un conjunto limitado de circunstancias. En esas circunstancias excepcionales prevalece la regla más estricta, pero en todas las demás circunstancias se aplica la regla general. Esta forma de resolución requiere, por lo tanto, que las situaciones a las que se aplican las dos reglas se distingan de alguna manera entre sí, preferiblemente por motivos relacionados con el avance de las políticas subyacentes.

Un tercer método de resolución no trata ninguna de las reglas como regla general, sino que las considera aplicables a conjuntos de circunstancias mutuamente excluyentes. Aquí, en efecto, no existe una regla general que se aplique en todas las situaciones. Más bien, existen dos reglas complementarias, cada una de las cuales se aplica a determinadas situaciones. Como en el caso de las reglas acumulativas, estas reglas mutuamente excluyentes son

paralelas entre sí. Ninguna es más general y ninguna se clasifica como una subregla de la otra.

Por ejemplo, la ley de propiedad establece ciertos deberes que los propietarios y ocupantes de tierras deben a las personas que ingresan a sus tierras. En algunos estados, el alcance del deber depende de si la persona que ingresa a la tierra está clasificada como intruso, licenciatario o invitado. Una regla diferente define el deber del propietario del terreno para con cada uno de estos tipos de personas. En resumen, no existe una regla general que defina los deberes que los propietarios deben a las personas que se encuentran en sus tierras. Más bien, hay tres reglas complementarias, cada una de las cuales se aplica a un conjunto particular de situaciones.

Este tercer método de resolución también requiere que el abogado articule una distinción entre los tipos de situaciones a las que se aplican las dos reglas. Una vez más, la distinción debería estar relacionada con las políticas subyacentes. La menor protección otorgada a los intrusos, por ejemplo, puede estar relacionada con la política de proteger los derechos de propiedad desalentando la intrusión.

En algunos casos, no queda claro el límite exacto entre las situaciones regidas por dos reglas contrastantes. Se reconoce la existencia de dos reglas que son claramente inconsistentes y cada una de ellas se ha aplicado a circunstancias específicas. Sin embargo, no se determina qué regla se aplicaría a alguna situación nueva hasta que surge la situación.

Por ejemplo, una norma del derecho constitucional establece que el gobierno no puede condicionar la recepción de un beneficio a la renuncia a un derecho. Por lo tanto, el gobierno no puede exigir que todos los empleados administrativos se abstengan de criticar al presidente porque eso condicionaría la recepción de un beneficio (un trabajo gubernamental) a la renuncia a un derecho (el derecho a la libertad de expresión). [5] Al mismo tiempo, los tribunales también han reconocido la regla de que el gobierno puede negarse a subsidiar expresiones con las que no está de acuerdo. Por lo tanto, el gobierno puede negarse a permitir que la financiación pública de clínicas médicas se utilice para discutir el aborto como método de planificación familiar.[6]

Las dos reglas son inconsistentes. Así, si la primera regla se aplicara a la segunda situación, conduciría a un resultado opuesto al alcanzado por los tribunales. Es decir, el tribunal sostendría que el gobierno no puede condicionar la recepción de un beneficio (financiamiento para una clínica) a la renuncia a un derecho (el derecho a discutir el aborto). A pesar de su inconsistencia, ambas reglas son parte del derecho constitucional, aunque no está claro en qué circunstancias un tribunal aplicaría la primera regla y en cuáles aplicaría la segunda.

C. Esquema de la síntesis

La síntesis de reglas que acabamos de describir puede esbozarse como un esquema en la forma que sigue. Al determinar la relación de cada regla con las demás, el abogado establece su lugar en el esquema. Las reglas que definen, aplican o limitan una regla más general se organizan juntas bajo esa regla más general. Las reglas acumulativas, por otra parte, ocupan la misma posición relativa en el esquema.

DESCRIBIR

I. BATERÍA: NORMA QUE IMPONE RESPONSABILIDAD POR UNA BATERÍA
a. DEFINICIÓN DE ELEMENTOS
1. Definición de intención
2. Definición de tocamiento
3. Definición de ofensiva
4. *Etc.*
b. APLICACIONES DE REGLAS
1. Caso de cirujano operando sin consentimiento
2. *Etc.*
C. EXCEPCIONES
1. Autodefensa
2. *Etc.*
II. AGRESIÓN: NORMA QUE IMPONE RESPONSABILIDAD POR UNA AGRESIÓN
a. DEFINICIÓN DE ELEMENTOS
1. Casos que definen elementos individuales
2. *Etc.*
b. APLICACIONES DE REGLAS
1. Casos de aplicación de la norma
2. *Etc.*
C. EXCEPCIONES
1. Casos que crean excepciones a la regla
2. *Etc.*
III. PROPIETARIOS Y OCUPADORES DE TERRENOS
a. REGLA QUE DEFINE LA RESPONSABILIDAD ANTE LOS INVITADOS
1. Definición de elementos
a. Casos que definen los elementos de la regla.
b. *Etc.*
2. Aplicaciones de reglas
a. Casos de aplicación de la regla
b. *Etc.*
3. Excepciones
a. Casos que crean excepciones a la regla

b. *Etc.*
b. NORMA QUE DEFINE LA RESPONSABILIDAD ANTE LOS LICENCIATARIOS
1. Definición de elementos
a. Casos que definen los elementos de la regla.
b. *Etc.*
2. Aplicaciones de reglas
a. Casos de aplicación de la regla
b. *Etc.*
3. Excepciones
a. Casos que crean excepciones a la regla
b. *Etc.*
C. NORMA QUE DEFINE LA RESPONSABILIDAD ANTE LOS INTRUSORES
1. Definición de elementos
a. Casos que definen los elementos de la regla.
b. *Etc.* _
2. Aplicaciones de reglas
a. Casos de aplicación de la regla
b. *Etc.*
3. Excepciones
a. Casos que crean excepciones a la regla
b. *Etc.*

II. SINTETIZANDO UNA REGLA: DE LO ESPECÍFICO A LO GENERAL

Surgen situaciones en las que un abogado desea establecer la existencia de una norma no reconocida previamente en términos explícitos. El cliente del abogado, por ejemplo, puede encontrarse en una situación esencialmente sin precedentes.[7] O puede que la situación no tenga precedentes, sino que los tribunales en el pasado se hayan negado a imponer derechos o deberes.

El abogado puede abordar estas situaciones sintetizando una nueva norma basada en lo que se sostiene en casos anteriores.[8] De hecho, algunos de los ejemplos más influyentes de estudios jurídicos han consistido en análisis de una serie de casos seguidos de la conclusión de que estos casos han establecido una regla general no reconocida previamente.[9]

Esta sección describe la forma en que un abogado puede llenar un vacío en la ley sintetizando una nueva regla. Una vez sintetizada la nueva regla, el abogado la ubica en el marco más amplio analizado en la sección anterior.

Un abogado en esta situación probablemente no admitiría que está sintetizando una nueva regla, argumentando en cambio que, de hecho, ya existe una regla aplicable, aunque todavía no haya sido reconocida explícitamente como tal. La regla se describiría como recién descubierta y no como recién inventada porque, si la regla ya existe, entonces, según la doctrina del stare decisis, el tribunal debe aplicarla. En otras palabras, una norma existente es vinculante.

Una segunda razón por la que el abogado preferiría argumentar que la regla ha sido descubierta en lugar de inventada es que algunos tribunales cuestionan si la creación de nuevas reglas de derecho por parte de un tribunal es consistente con los principios democráticos. Por lo tanto, el tribunal puede mostrarse reacio a adoptar una nueva norma, pero puede estar bastante dispuesto a simplemente aplicar una norma que supuestamente ya existe. Este asunto se analiza con más detalle en el capítulo 11.

A. El modelo básico

El abogado sintetiza la nueva regla mediante un método similar al proceso lógico de inducción. [10] La inducción es un método de razonamiento que, en esencia, procede de lo particular a lo general.

Por ejemplo, después de probar varios arándanos y descubrir que cada uno de ellos es dulce, se puede razonar por inducción que todos los arándanos tienen un sabor dulce. La inducción produce una conclusión que es probable, aunque no segura. No importa cuántos arándanos uno coma, siempre existe la posibilidad de que el siguiente sepa diferente a los demás.

Sin embargo, los tribunales formulan normas de derecho mediante un proceso de forma inductiva. Si se han decidido varios casos en los que se ha determinado que existe un derecho o deber particular, entonces el tribunal puede concluir que existe el mismo derecho o deber en todos los casos similares. Al estudiar varios casos particulares, el tribunal formula una regla general.

Por ejemplo, supongamos que varios tribunales deciden una serie de casos que imponen a los propietarios el deber de advertir a los huéspedes sobre diversas condiciones del terreno, como un pozo oculto, arenas movedizas o una pendiente inestable. A medida que crece el número de casos, es posible pensar que estos casos establecen colectivamente una regla que requiere que el propietario advierta a los huéspedes sobre los peligros. En esta situación, una regla se formula mediante un proceso de inducción. La norma, sin embargo, es más amplia que cualquiera de los casos específicos en los que se basa. El todo se vuelve así mayor que la suma de las partes.

Al crear una regla más amplia que cualquier caso anterior, el tribunal crea una regla lo suficientemente amplia como para aplicarla al caso nuevo. En consecuencia, el nuevo caso puede decidirse mediante la aplicación de la regla recién sintetizada.

Como se señaló anteriormente, la inducción no obliga a llegar a una conclusión particular, sino que sólo puede sugerir que la conclusión es probable. Del mismo modo, el tribunal no está obligado a aceptar la nueva norma más amplia. Así como probar algunos arándanos no obliga a concluir que todos los arándanos saben igual, las decisiones anteriores en casos que involucran ciertos peligros específicos no requieren que el tribunal decida que otros peligros están sujetos a la misma regla. El tribunal puede señalar correctamente que las propiedades en los casos anteriores no iban más allá de arenas movedizas, un pozo oculto y una pendiente inestable y puede decidir no extender las propiedades más allá de esas situaciones.

Sin embargo, cuantos más casos de este tipo encuentre el abogado, más probable será que el tribunal acepte la existencia de la nueva norma. Las técnicas que utiliza el abogado para proponer u oponerse al reconocimiento de la nueva regla se analizan más adelante en este capítulo.

B. El problema de la indeterminación

La premisa para utilizar el razonamiento inductivo es que se han identificado varios elementos similares sobre los cuales se puede hacer una generalización con seguridad. Sin embargo, el abogado encontrará que el proceso de formular una generalización no es mecánico. Más bien, es un proceso que requiere el ejercicio del juicio y que puede conducir a más de un resultado.

El abogado debe tomar al menos dos decisiones al sintetizar la regla. Primero, el abogado debe decidir qué hechos incluir en el predicado fáctico, determinando así cómo caracterizar los casos anteriores. Cada uno de los casos anteriores puede estar sujeto a múltiples caracterizaciones, dependiendo de qué hechos de esos casos el abogado decida enfatizar. Al decidir cómo caracterizar los casos incluidos en la regla, el abogado en efecto está eligiendo los elementos de la regla.

Por ejemplo, el abogado puede caracterizar los casos que involucran las arenas movedizas, el pozo oculto y la pendiente inestable como casos que involucran condiciones anormales, siempre que cada condición fuera anormal para esa área. O el abogado puede caracterizarlos como casos que involucran peligros, porque cada condición era peligrosa. Alternativamente, el abogado puede caracterizarlos como casos que involucran peligros ocultos, basándose en la teoría de que ninguno de los peligros era obvio para el observador casual. O los casos pueden caracterizarse como relacionados con peligros naturales, si no fueron resultado de la actividad humana. Finalmente, el abogado puede optar por enfatizar la naturaleza especialmente peligrosa de los riesgos y caracterizar los casos como que involucran riesgos que amenazan la vida.

Todas estas caracterizaciones pueden ser igualmente precisas. Ninguna caracterización es la "correcta" y debe elegirse excluyendo las demás. El proceso de caracterización de los hechos es indeterminado. El abogado sólo puede alcanzar una caracterización particular mediante el ejercicio del juicio.

La segunda decisión que debe tomar el abogado es fijar el nivel de generalidad en el que debe formularse la nueva regla. Esto significa decidir si los casos anteriores deben describirse en términos generales y amplios o en términos específicos y restringidos.

En el caso del pozo oculto, la pendiente inestable y las arenas movedizas, por ejemplo, el abogado debe decidir con qué nivel de generalidad caracterizar las condiciones del terreno que dan lugar al deber de advertir. En un extremo, podrían caracterizarse como peligros. En ese caso, el abogado podría concluir que los diversos casos identificados por la investigación establecen una regla general de que el propietario tiene el deber de advertir a los huéspedes sobre todos los peligros en el terreno.

En el otro extremo, el abogado podría caracterizar las condiciones como dentro de las tres estrechas categorías de arenas movedizas, fosos ocultos y pendientes inestables. Cada una de estas categorías podría caracterizarse aún más estrechamente, de modo que, según la caracterización de la regla que hace el abogado, un propietario tiene el deber de advertir

sólo sobre pozos ocultos de cierta profundidad, pendientes inestables de un ángulo específico y charcos de arenas movedizas de un determinado ángulo. tamaño.

Entre estos extremos hay una variedad de reglas posibles con diferentes niveles de generalidad. El término *peligros que amenazan la vida* , por ejemplo, es más específico que el término *peligros* .

Cada uno de estos niveles de generalidad puede producir una regla que sea igualmente precisa. Ningún nivel particular de generalidad es correcto con exclusión de los demás. La elección del nivel de generalidad en el cual enunciar la regla es indeterminada. Por lo tanto, la selección por parte del abogado de un nivel particular de generalidad debe basarse en el ejercicio del juicio. Diferentes abogados que generalicen sobre el mismo grupo de casos pueden producir reglas con diferentes niveles de generalidad.

Los juicios sobre qué hechos incluir en el predicado fáctico y el nivel de generalidad en el cual enunciar una regla están interrelacionados. Cuanto más general sea la regla, menos hechos deberán especificarse. Por ejemplo, si la regla se formula para que se aplique a todos los peligros, entonces si los peligros son naturales o ponen en peligro la vida es irrelevante y no se especificaría en la regla. Dicho de otra manera, establecer la regla en un alto nivel de generalidad permite al abogado ser agnóstico sobre cuál de los diversos detalles incluir en el predicado fáctico. El corolario, por supuesto, es que si el abogado decide incluir numerosos hechos detallados en el predicado fáctico, entonces, necesariamente, la regla no puede enunciarse en un alto nivel de generalidad.

C. Abordar la indeterminación mediante juicios políticos

El abogado puede intentar resolver la indeterminación que implica la síntesis de una regla haciendo referencia a las políticas subyacentes a los casos. En esta situación, el abogado utiliza las políticas subyacentes como guía para seleccionar los hechos a incluir en el predicado fáctico de la regla y para elegir el nivel de generalidad en el cual enunciar la regla. Sin embargo, como se verá, el uso de las políticas subyacentes no resuelve por completo el problema de la indeterminación.

La primera decisión que debe tomar el abogado es seleccionar los hechos a incluir en el predicado fáctico de la regla. Como cuestión inicial, algunos de los casos anteriores pueden haber especificado que ciertos hechos eran determinantes. Por ejemplo, el caso relacionado con la fosa puede haber especificado que se impuso el deber de advertir porque la fosa era un peligro oculto; es decir, el caso dejó claro que la norma que imponía un deber se basaba en la presencia de dos hechos: el hecho de que la condición era peligrosa y el hecho de que estaba oculta.

En la medida en que los casos anteriores no dejan claro qué hechos fueron determinantes, el abogado selecciona para su inclusión en la regla recientemente sintetizada aquellos hechos en los casos anteriores que fueron relevantes para lograr las políticas subyacentes. Por ejemplo, si la póliza fuera únicamente la protección de la seguridad personal, entonces el hecho de que las condiciones fueran naturales probablemente no debería importar, ya que una condición puede ser peligrosa, sea natural o no. Quizás tampoco debería importar que las condiciones estuvieran ocultas, ya que incluso un peligro obvio puede amenazar la seguridad. Sin embargo, si la política era alentar a las personas a ser responsables de su propia seguridad, entonces el hecho de que la condición estuviera oculta se vuelve más relevante. En tales situaciones, es posible que el tribunal desee negar la recuperación a los invitados que se pusieron en riesgo al no evitar un peligro obvio.

La segunda decisión que debe tomar el abogado es seleccionar el nivel de generalidad en el cual enunciar los elementos de la regla recién sintetizada. Como cuestión práctica, el abogado debe exponer los elementos en términos lo suficientemente generales como para incluir los hechos de cualquier caso anterior a partir del cual se sintetice la regla. Por lo tanto, si el abogado desea incluir los casos de arenas movedizas, pendientes y fosos, entonces puede necesitar utilizar un término al menos tan general como *peligro* . Podría decirse que un término más restringido podría excluir algunos de los casos.

El abogado también debe exponer los elementos en términos al menos lo suficientemente generales como para incluir el caso nuevo al que se aplicará la regla. Por ejemplo, supongamos que el abogado concluyó que, en los casos anteriores, las arenas movedizas, el pozo y la pendiente estaban de alguna manera ocultos y, por lo tanto, el término peligro oculto incluiría *todos* los casos anteriores. El cliente del abogado, sin embargo, resultó herido por un peligro que no estaba oculto, aunque lamentablemente no se dio cuenta. Si el abogado caracteriza los hechos de los casos anteriores como que involucran riesgos ocultos, el caso mismo para el cual se está formulando una regla será excluido. En

consecuencia, el abogado caracteriza los hechos de los casos anteriores en términos aún más generales -quizás como *riesgos*- para incluir el caso bajo consideración.

El abogado, sin embargo, también tiene la opción de sintetizar una regla en términos más amplios de lo que es absolutamente necesario para incluir los casos anteriores y el caso actual. Supongamos por un momento que el término *riesgo oculto* , de hecho, abarcaría todos los casos que el abogado desea incluir. Si *los peligros ocultos* incluyeran todos los casos, entonces también lo incluirían el término más general *peligros* y el término aún más general *condiciones potencialmente peligrosas* . El abogado debe decidir si utilizar una de estas caracterizaciones más generales o ser tan general como sea absolutamente necesario para incluir el caso actual.

Al elegir el nivel de generalidad, el abogado debe evitar extralimitarse. En otras palabras, el abogado no puede formular la regla en términos tan amplios que incluyan nuevos casos que hagan inaplicables los juicios de política subyacentes a los casos anteriores. Si la regla es demasiado amplia, su aplicación puede producir resultados indeseables.

Por ejemplo, supongamos que en los casos de arenas movedizas, fosos y pendientes los tribunales intentaban lograr un equilibrio entre, por un lado, compensar las lesiones y, por el otro, fomentar la seguridad al negarse a compensar a los descuidados. En cada caso, el tribunal sostuvo que debido a que el peligro estaba oculto, la víctima no podría haber evitado la lesión si hubiera tenido cuidado. Por tanto, la política de fomentar la seguridad no impedía imponer responsabilidad al propietario del terreno.

El abogado que caracteriza estos casos como que imponen responsabilidad por todos los "peligros" bien puede estar extralimitándose, porque los juicios políticos en los casos anteriores no se aplicarían de la misma manera a cualquier caso en el que el peligro fuera obvio. En el caso de un peligro evidente, la víctima bien podría haber evitado el daño ejerciendo cuidado y, por lo tanto, no se aplica el criterio de política hecho en los casos anteriores. En los casos en que el peligro es obvio, la política de fomentar la seguridad podría requerir dejar al demandante descuidado sin compensación al no imponer responsabilidad al propietario del terreno.

Por tanto, el abogado debe exponer la norma recién sintetizada a un nivel de generalidad suficiente para incluir los casos anteriores y el caso del cliente. Al mismo tiempo, la regla no debe formularse a un nivel de generalidad lo suficientemente alto como para abarcar nuevos casos en los que las políticas subyacentes a los casos anteriores requerirían un resultado diferente.

Sin embargo, entre estos extremos el abogado bien puede tener cierto grado de elección. Por lo tanto, la referencia a las políticas subyacentes puede no eliminar toda la indeterminación en la síntesis de una nueva regla.

D. Utilizar la síntesis de reglas como defensora

El abogado involucrado en la síntesis de una nueva regla actúa muy a menudo como defensor, con el propósito de construir una nueva regla que obligue al resultado que el cliente busca o de oponerse a la creación de la nueva regla. Esta sección analiza los movimientos tácticos que un abogado en cualquier situación puede realizar para respaldar la posición de un cliente.

1. APOYANDO LA NUEVA REGLA

Primero, el abogado que intenta crear la regla probablemente quiera generalizar a partir de tantos casos como sea posible. Recordemos que el abogado probablemente argumentaría que la norma que se defiende no es en absoluto una norma nueva, sino más bien una norma bien establecida, tal vez no articulada previamente en términos explícitos. Cuantos más casos se han reconocido la norma, más parece ésta una norma de derecho bien establecida que el tribunal debe aplicar y menos siente el tribunal que se ha aventurado en un terreno nuevo.

En segundo lugar, el abogado obviamente quiere incluir en el predicado fáctico de la regla sólo aquellos hechos que claramente tienen contrapartes en el presente caso. En ocasiones, esto puede resultar difícil porque en un caso anterior el tribunal puede haber declarado explícitamente que un hecho particular (por ejemplo, el hecho de que el peligro estuviera oculto) era dispositivo. Si el hecho fue tratado como dispositivo en el caso anterior a partir del cual se sintetiza la nueva regla, entonces el hecho generalmente también debe incluirse en la nueva regla.

Hay al menos un argumento que el abogado puede presentar para excluir de la nueva regla un hecho dispositivo en un caso anterior. En concreto, el abogado puede sostener que el hecho dispositivo era condición suficiente, pero no necesaria, para el resultado alcanzado en el caso anterior. Por tanto, el hecho no tiene por qué ser un elemento de la norma. Este argumento se ve considerablemente reforzado si el hecho dispositivo estuvo ausente en algunos casos anteriores. Incluso si estuviera presente en todos ellos, el abogado puede argumentar que fue sólo un hecho suficiente. Esto se hace demostrando que las políticas subyacentes a la regla no dictan que esté presente. El abogado podría argumentar, por ejemplo, que la única política mencionada por el tribunal en el caso anterior fue proteger a las personas contra daños evitables, y esa política habría requerido la imposición del deber de advertir si el peligro estaba oculto o no. El abogado argumenta, en efecto, que el hecho del ocultamiento no era realmente necesario para el resultado y que cualquier declaración sobre la necesidad del hecho debería considerarse dictamen. Además, debido a que la política subyacente a la regla no requiere que el peligro se oculte, no se debe seguir el dictamen del tribunal anterior en el sentido de que una condición oculta era un hecho necesario.[11]

En tercer lugar, el abogado probablemente quiera formular la norma en los términos más generales posibles, sin extralimitarse. Una regla más general abarca más casos anteriores porque el lenguaje amplio oscurece las diferencias menores entre los casos, permitiendo así que más casos caigan dentro de la regla. Como se explicó anteriormente, cuantos más casos parezcan haber adoptado la regla, más dispuesto estará el tribunal a aplicarla en el caso nuevo. Al mismo tiempo, cuanto más amplia sea la norma, más probable será que abarque el caso del abogado.

2. OPONERSE A LA NUEVA REGLA

Un abogado que se oponga al reconocimiento de la nueva norma también puede emplear una serie de medidas tácticas estándar. Primero, el abogado intenta restringir el número de casos en los que puede basarse la regla generalizada. Esto se hace limitando los casos anteriores a sus hechos. Es decir, el abogado señala que el caso arenas movedizas abordó únicamente arenas movedizas; el caso de foso oculto, sólo fosos ocultos; el caso de pendiente inestable, solo pendientes inestables. Por lo tanto, cualquier cosa que vaya más allá de arenas movedizas, fosos ocultos y pendientes inestables es una simple máxima que no es necesario seguir. En última instancia, el argumento es que no existe una regla general; Sólo hay varias reglas específicas, ninguna de las cuales se aplica aquí. Este argumento, en esencia, es una apelación a la renuencia de los tribunales a dictar nuevas leyes.[12]

En segundo lugar, el abogado intenta identificar hechos dispositivos en los casos anteriores que no están presentes en la situación nueva, buscando en los casos anteriores tantos detalles como pueda encontrar y argumentando que todos estos detalles eran necesarios (y no simplemente suficientes) para para) las decisiones y por lo tanto pertenecen al predicado fáctico de cualquier regla recientemente sintetizada. Así, por ejemplo, el abogado puede argumentar que las arenas movedizas, el pozo y la pendiente son peligros naturales ocultos que amenazan la vida y, por lo tanto, la regla debe limitarse a los peligros naturales ocultos que amenazan la vida. Obviamente, la estrategia es formular una regla que excluya el caso actual.

En tercer lugar, el abogado intenta formular la regla lo más estrictamente posible, nuevamente con la esperanza de que excluya el caso actual. Una forma de hacerlo es caracterizar los hechos de manera estricta: un pozo oculto se llamaría pozo oculto (quizás de cierta profundidad), no un peligro o una condición anormal. Para que este argumento sea efectivo, el abogado debe estar preparado para explicar por qué los juicios de política que subyacen a la regla no se aplican de la misma manera cuando la regla se formula en términos más generales; es decir, el abogado debe explicar por qué una norma formulada en términos más generales se extralimitaría.

INVESTIGANDO LOS HECHOS

El cuarto paso en el razonamiento jurídico es investigar los hechos a los que se debe aplicar la ley. En un sentido real, es engañoso sugerir que la investigación factual sigue el proceso de análisis y síntesis descrito en los capítulos anteriores. Como debería haber quedado claro desde la introducción, el abogado ni siquiera puede iniciar el proceso de razonamiento jurídico sin una idea general de las circunstancias a las que se aplicará la ley. Por tanto, una investigación fáctica limitada es, de hecho, el primer paso del proceso de razonamiento jurídico.

I. EL PAPEL DE LA INVESTIGACIÓN FACTUAL

Existe una interacción constante entre la investigación fáctica y los demás pasos del razonamiento jurídico. El abogado utiliza los hechos básicos conocidos al comienzo de la investigación para identificar las fuentes probables de la ley aplicable. A medida que se identifican reglas generales potencialmente aplicables, el abogado puede darse cuenta de que se necesitan hechos adicionales para determinar la aplicabilidad de las reglas más específicas que definen, aplican o limitan las reglas generales. Así, el abogado continúa alternando entre investigación jurídica y fáctica hasta que se hayan identificado todas las reglas plausiblemente aplicables.

En algún momento, el abogado cree que las reglas que lo rigen han sido identificadas y sintetizadas en un marco. Es en este punto que el abogado debe completar la investigación fáctica para asegurarse de que se hayan descubierto todos los hechos relevantes. Por lo tanto, el cuarto paso realmente marca no tanto el comienzo sino el final de la investigación fáctica del abogado.

Si bien la investigación fáctica determina qué reglas de derecho pueden aplicarse de manera plausible, las reglas de derecho identificadas por el abogado a su vez dan forma a la investigación fáctica. Desde el inicio mismo de la investigación, el abogado concibe el proceso como un intento de determinar simplemente qué sucedió. Sin embargo, a medida que avanza la investigación jurídica, el abogado llega a comprender las posibles consecuencias jurídicas de los hechos que se investigan. Muy rápidamente, el abogado comienza a preguntar no sólo qué pasó, sino también si se han cumplido los elementos de las reglas.

Supongamos, por ejemplo, que el cliente del abogado resultó herido mientras se encontraba en el terreno de otra persona. El abogado está intentando determinar si el propietario tenía el deber de advertir al cliente sobre el peligro particular que causó la lesión. La investigación jurídica identifica una regla que establece que el propietario habría tenido un deber si el cliente fuera un invitado, pero no si el cliente fuera un intruso. La investigación fáctica del abogado pasa ahora a determinar si el cliente era un invitado. Si un detalle fáctico no hace más o menos probable que el cliente fuera un invitado, entonces el abogado considera ese hecho irrelevante para la investigación. Las reglas del derecho guían así la selección de hechos por parte del abogado.

Las reglas también dan forma a la caracterización de los hechos por parte del abogado. El abogado no puede caracterizar útilmente los hechos de ninguna manera que parezca intuitivamente atractiva. Más bien, los hechos deben caracterizarse como que demuestran que los elementos se cumplieron o no. Así, en el ejemplo, el abogado caracterizaría los hechos como si establecieran que el cliente era o no un invitado.

II. LAS NORMAS DE LA INVESTIGACIÓN DE HECHOS

La ley tiene sus propias reglas únicas para la investigación de hechos. Para un científico, un hecho es aquello que puede observarse empíricamente. Para un abogado en una disputa, un hecho es aquello que puede ser probado ante un jurado o ante un juez que determina el hecho. Aunque un científico puede encontrar muy probable como cuestión empírica que el acusado estuviera presente en la escena del crimen, si un jurado determina lo contrario, entonces es un "hecho" a los efectos del juicio que el acusado no estuvo presente.

Una forma de tener presente este punto es hacer una distinción entre evidencia y hechos. En un juicio, la prueba es la información empírica que el abogado presenta al jurado.[1] Un hecho es aquello que el juez o el jurado considera cierto, que puede o no ser consistente con la mayoría de las pruebas.

Los hechos constatados por el jurado pueden diferir de las pruebas aducidas por el abogado por al menos tres razones. Primero, la ley de prueba puede excluir del juicio parte de la información en posesión del abogado y, por lo tanto, el jurado puede saber menos sobre la situación del cliente que el abogado.[2] En segundo lugar, incluso suponiendo que en el juicio se admitan todas las pruebas disponibles, muy a menudo las pruebas son incompletas, inciertas o contradictorias y, por lo tanto, la determinación de los hechos requerirá cierto grado de inferencia y juicio, sobre el cual las personas razonables pueden diferir. En tercer lugar, los investigadores están influenciados por predisposiciones que pueden hacer que uno perciba los hechos de manera diferente que otro. El resto de esta sección analiza cada uno de estos tres problemas.

A. La ley de la prueba

La ley de prueba prescribe reglas que rigen la investigación de hechos en un tribunal de justicia. [3] Un abogado dedicado al razonamiento jurídico puede suponer que un hecho es verdadero sólo si ese hecho puede probarse ante un tribunal utilizando pruebas admisibles. Como cualquier regla, las reglas de prueba pueden conducir a injusticias en un caso particular, pero existen porque se piensan en conjunto para dar como resultado una investigación más precisa de los hechos en la mayoría de los casos y, por lo tanto, producir más justicia en los tribunales de primera instancia. [4] Aunque el espacio no permite un resumen detallado de las reglas de la prueba, una descripción de algunos de los principios fundamentales del derecho probatorio ilustrará los tipos de restricciones sobre el uso de la información en el juicio que impone la ley.

1. TIPOS DE PRUEBA ADMISIBLES

En general, al jurado se le permite considerar dos tipos de evidencia: testimonio oral y objetos físicos, como un documento, una fotografía o un cuchillo. La evidencia no testimonial debe ser autenticada. Esto suele requerir que un testigo identifique el objeto. De esta manera, el jurado sabe que todas las pruebas son lo que pretenden ser: el contrato entre Smith y Jones, una fotografía de la intersección donde ocurrió la colisión, el cuchillo encontrado en el lugar del asesinato.

Además, el testigo que declara o autentica un objeto debe sentar las bases del testimonio; es decir, el testigo debe explicar cómo conoce la información sobre la que declara. Por ejemplo, si un testigo va a testificar que Frank disparó a Ned, ese testigo primero debe testificar que estuvo presente en el momento del tiroteo y pudo verlo o debe dar alguna otra explicación aceptable por haber obtenido la información. El testigo sólo puede testificar sobre hechos obtenidos mediante la observación y, por lo general, no se le permite inyectar opiniones o especulaciones.

La opinión de un testigo *es* admisible cuando el testigo declara como perito. Por ejemplo, el tribunal admitiría el testimonio de un experto en el campo de la cirugía en el sentido de que la falta de utilización de un procedimiento particular por parte de un cirujano causó la lesión del paciente. El testimonio de opinión de expertos es admisible porque se piensa que, al decidir ciertos tipos de cuestiones, los jurados no profesionales pueden beneficiarse de la asistencia de personas con conocimientos o formación especializados.

2. EL REQUISITO DE RELEVANCIA

La prueba sólo es admisible si es relevante, es decir, tiende a probar o refutar un hecho que tiene consecuencias para la acción. Esta regla tiene dos elementos. En primer lugar, el hecho que se desea probar debe tener consecuencias para la acción. Es decir, el hecho debe

ser “material”. En segundo lugar, la evidencia debe hacer que sea más probable o menos probable que el hecho sea cierto.
Por ejemplo, supongamos que se alega que el acusado ha cometido una agresión al golpear al demandante en la cara. El testimonio del acusado de que come una hamburguesa todos los días en el almuerzo no sería material porque la dieta del acusado no es un hecho que tenga consecuencias para el reclamo de agresión. Sería admisible el testimonio de un técnico de laboratorio de que se encontró sangre del demandante en la mano del acusado. Primero, tocar es un elemento de una batería. Es decir, la ocurrencia de un toque es un hecho de consecuencia y, por lo tanto, es material, para la acción de la batería. En segundo lugar, la evidencia de que la sangre del demandante estaba en la mano del demandado hace más probable el hecho de que el demandado tocara al demandante. En consecuencia, la evidencia es relevante.

3. RAZONES PARA EXCLUIR PRUEBAS PERTINENTES

Aunque la evidencia sea autenticada y relevante, puede ser excluida debido a preocupaciones sobre su confiabilidad o su potencial para perjudicar al jurado, o por otras razones. Puede resultar útil considerar un ejemplo de evidencia que se excluye por cada una de estas razones.

a. Falta de confiabilidad: el ejemplo de los rumores

Los rumores son el ejemplo clásico de evidencia excluida debido a su falta de confiabilidad. Un rumor es una declaración extrajudicial que se ofrece como prueba de la verdad del asunto afirmado en la declaración. Debido a que la declaración se hizo fuera del tribunal, el jurado no puede evaluar su confiabilidad y, por lo tanto, queda excluida.
Por ejemplo, supongamos que una cuestión en el juicio es si el arma pertenecía al acusado. Supongamos, además, que la ex novia del acusado, Marsha, le dijera a un detective de la policía que el arma *pertenecía* al acusado. Sin embargo, el detective no pudo testificar ante el tribunal sobre la declaración de Marsha porque su declaración es un rumor. Es decir, su declaración fue hecha fuera del tribunal y se ofrece como prueba como prueba del asunto afirmado en su declaración, que es que el arma pertenecía al acusado.
Como la mayoría de los rumores, la afirmación de Marsha es de confiabilidad cuestionable. Tal vez Marsha estaba ebria en el momento en que afirmó esto, tal vez mintió porque estaba enojada con el acusado, o tal vez simplemente se equivocó. Si el fiscal desea que el jurado concluya, basándose en la información de que dispone Marsha, que el arma pertenecía al acusado, debe llamar a Marsha como testigo y hacer que testifique bajo juramento, dándole al abogado defensor la oportunidad, mediante un contrainterrogatorio, de probar la confiabilidad del testimonio.
La declaración no sería un rumor si se ofreciera para probar algo distinto del asunto afirmado en la declaración. Por ejemplo, supongamos que la fiscalía quisiera demostrar que Marsha temía al acusado porque pensaba que era un gángster armado y, por lo tanto,

testificaba contra él de mala gana. [5] Su declaración de que el arma pertenecía al acusado sería admisible para demostrar no que el arma realmente le pertenecía a él, sino sólo que ella *creía* que le pertenecía y, por lo tanto, le temía. En esa situación, el hecho de que su declaración sobre la posesión de armas no sea confiable no es importante porque se admite sólo para mostrar su creencia, no el hecho real de la posesión. Debido a que la falta de confiabilidad de la declaración con respecto a la posesión real de armas del acusado no socava su confiabilidad con respecto a su creencia sobre la posesión de armas de él, es probable que el tribunal la admita como prueba con el fin de demostrar la creencia de Marsha. La declaración seguiría siendo inadmisible a los efectos de demostrar la propiedad del arma.

Si el juez admitiera la declaración de Marsha, probablemente ordenaría al jurado que su declaración debe considerarse sólo como prueba de su creencia y no como prueba de la posesión de armas del acusado. Sin embargo, es posible que algunos miembros del jurado no puedan compartimentar la información de esa manera y, a pesar de las instrucciones del juez, podrían considerarla como prueba de que el acusado poseía armas.

Al final, la regla de los rumores a menudo puede eludirse pensando en una razón para admitir el testimonio que no sea la de probar la verdad del asunto afirmado. Los abogados hablan de esto como si ofrecieran la evidencia con un "propósito que no es de oídas", y es una forma efectiva de presentar ante el jurado testimonios que pueden ser útiles para el caso pero que de otro modo serían inadmisibles como rumores. Ofrecer la declaración de Marsha con el único propósito de demostrar su estado de ánimo es un ejemplo de esta técnica. El fiscal puede esperar que el jurado no pueda compartimentar la información y se base en ella para concluir que el acusado era dueño del arma.

También es posible lograr que se admitan como prueba declaraciones extrajudiciales persuadiendo al tribunal de que la declaración se ajusta a una de las excepciones a la regla que excluye los rumores. Estas excepciones generalmente se basan en la idea de que ciertos rumores, debido a las circunstancias en las que se hizo la declaración, son suficientemente confiables para ser admitidos como prueba. Por ejemplo, las declaraciones hechas por alguien en contra de su propio interés a menudo pueden presentarse como prueba aunque técnicamente sean rumores, suponiendo que cualquiera que admita algo en contra de su propio interés probablemente esté diciendo la verdad.

b. Prejuicio: el ejemplo de malos actos anteriores

La evidencia de malos actos previos por parte de un acusado penal proporciona un ejemplo de evidencia que puede excluirse debido a la posibilidad de perjudicar a una de las partes, en este caso el acusado. Estas pruebas a menudo se excluyen porque, aunque puedan ser pertinentes para establecer la culpabilidad, a los tribunales les preocupa que un jurado pueda darles demasiada importancia. En otras palabras, el jurado puede condenar al acusado únicamente porque cometió delitos anteriores. Sin embargo, cuando la evidencia establece un cierto patrón en un delito, como cuando un estafador ha utilizado una estafa similar en el pasado, dicha evidencia es más probatoria de un delito posterior que involucra

el mismo patrón que la evidencia de malos actos en general. A menudo se admiten pruebas de este tipo.

C. Otras políticas: el ejemplo del privilegio

Una declaración hecha por un cliente a su abogado con el fin de obtener asesoramiento legal proporciona un ejemplo de evidencia excluida por otras razones políticas. Tal declaración es una comunicación privilegiada entre abogado y cliente y generalmente no se divulga al jurado a menos que el cliente renuncie a ese privilegio. La declaración, por supuesto, puede ser de enorme relevancia y confiabilidad, pero se cree que la política de alentar a las personas a buscar asesoramiento legal permitiéndoles hablar libremente con su abogado pesa más que el valor de admitir la comunicación privilegiada como prueba. Esto es particularmente cierto dado que eliminar el privilegio probablemente disuadiría a un cliente de hablar libremente con su abogado. Es decir, eliminar el privilegio no necesariamente convertiría una declaración en prueba. Sólo podría impedir la realización de la declaración.

B. La carga de la prueba

La investigación de hechos realizada por un abogado se caracteriza por condiciones de carácter incompleto, inconsistencia e incertidumbre. [6] Es decir, el abogado debe intentar establecer hechos sobre la base de información imperfecta.

La investigación de hechos se caracteriza por ser incompleta porque el abogado nunca puede obtener todas las pruebas pertinentes. Por ejemplo, el acusado niega haber cometido el asesinato, pero no recuerda ni tiene otra evidencia de dónde se encontraba en el momento en que ocurrió el crimen. La evidencia está incompleta.

La investigación fáctica se caracteriza por la inconsistencia porque la evidencia relevante puede respaldar múltiples conclusiones. Por ejemplo, un testigo testifica que vio al acusado entrar en el edificio de apartamentos de la víctima la noche del crimen, mientras que otro testigo jura que el acusado estuvo con ella toda la noche. La evidencia es inconsistente.

La investigación fáctica se caracteriza por la incertidumbre porque las pruebas, incluso si son consistentes, pueden no establecer un hecho de manera concluyente. Por ejemplo, la evidencia puede probar que al demandante se le dio cierto medicamento y que los estudios han encontrado que el medicamento aumenta el riesgo de cierta enfermedad en un 10 por ciento. Sin embargo, la evidencia no establece de manera concluyente que el medicamento haya causado la enfermedad.

Por estas razones, la ley no exige que los hechos se prueben de manera irrefutable. Más bien, la ley exige que las pruebas satisfagan una de varias cargas de prueba diferentes. La carga de la prueba simplemente indica el nivel de confianza que debe tener el investigador de que el hecho es cierto.

1. TIPOS DE CARGAS DE LA PRUEBA

En el juicio, una de las partes soporta la carga de la prueba con respecto a un hecho. La carga de la prueba es de dos tipos: la carga de la producción y la carga de la persuasión.

La carga de la presentación es, en esencia, la carga de presentar pruebas suficientes para que un jurado razonable pueda decidir que se han establecido las alegaciones fácticas de la parte. A veces se hace referencia a satisfacer la carga de la producción como establecer un caso prima facie. Si una parte no cumple con su carga de presentación, entonces no existe razón para enviar las alegaciones fácticas de la parte al juez de hechos, porque por definición la parte no puede prevalecer. Por lo general, si una parte no cumple con la carga de la presentación, el tribunal dictará sentencia a favor de la parte contraria. A menudo, esto se hace aceptando una moción para un veredicto dirigido o una sentencia como cuestión de derecho. [7] Como esto sugiere, si se ha cumplido con la carga de la producción es una cuestión de derecho, que debe ser decidida por el juez y no por el jurado.

Suponiendo que se haya cumplido con la carga de la presentación, el caso se enviará al juez de hechos, a menudo un jurado, para que resuelva las cuestiones de hecho. Ante el juez de hecho, una de las partes soportará otra carga de la prueba: la carga de la persuasión. Esta

carga, como su nombre lo indica, es la carga de persuadir al juez de que el hecho es verdadero. Corresponde a lo que la mayoría de los no abogados imaginan cuando escuchan el término *carga de la prueba* . Por lo general, la carga de la persuasión recae en la misma parte que asumió la carga de la producción, aunque existen excepciones.

La parte que tiene la carga de la persuasión debe establecer el hecho con el nivel de confianza requerido. Si la parte cumple con la carga de la persuasión, el hecho queda establecido. Si la parte no cumple con la carga, entonces el hecho no queda probado. El hecho de que una parte no haya establecido un hecho no significa que se haya establecido un hecho contrario. Por ejemplo, en el juicio la fiscalía tiene la carga de probar que el acusado cometió el delito y, si no lo hace, el acusado será declarado inocente. Eso no significa que el acusado sea inocente del delito, sino sólo que la fiscalía no cumplió con su carga de la prueba. En otras palabras, en el juicio, quien juzga los hechos no necesariamente decide lo que sucedió. Más bien, el juez de hecho decide sólo si las alegaciones fácticas hechas por la parte que tiene la carga de la persuasión se han establecido con el nivel de confianza requerido, es decir, si se ha cumplido con la carga de la persuasión.

En la mayoría de los casos, la parte que tiene la carga de la persuasión debe establecer sus alegaciones fácticas mediante la preponderancia de las pruebas. Este estándar se cumple cuando el juez de hechos concluye que es más probable que la acusación fáctica sea cierta. En otras palabras, la probabilidad de que la acusación fáctica sea cierta es superior al 50 por ciento. Para llegar a esta decisión, el juez de hecho considera todas las pruebas presentadas por ambas partes.

En un caso penal, la fiscalía debe probar los hechos necesarios para establecer los elementos de un delito más allá de toda duda razonable. Se trata de una carga de prueba mayor que la preponderancia del estándar de evidencia, pero no se puede cuantificar. Se requiere una mayor carga de persuasión en los casos penales que en los civiles porque se considera preferible absolver al culpable que condenar al inocente. [8] Por esta razón, un jurado puede creer que el acusado probablemente cometió el delito y aun así declararlo inocente de los cargos penales porque la prueba más allá de una duda razonable requiere más confianza que una mera probabilidad. Un acusado demandado en un caso civil y procesado en un caso penal por la misma conducta, con perfecta coherencia, podría ser declarado responsable en el caso civil pero no culpable en el caso penal, porque las pruebas eran lo suficientemente sólidas para satisfacer la preponderancia de la demanda. estándar de evidencia pero no lo suficientemente fuerte como para satisfacer el estándar de duda razonable.

A veces se requieren otras cargas de persuasión. Por ejemplo, en algunos casos el demandante debe establecer sus alegaciones fácticas mediante pruebas claras y convincentes, un nivel de confianza que es superior al de la prueba basada en la preponderancia de la evidencia, pero no tan alto como el de la prueba más allá de toda duda razonable. Como en el caso de la prueba más allá de toda duda razonable, la ley no ha asignado una probabilidad estadística a este estándar.

La carga de la prueba puede recaer en diferentes partes con respecto a diferentes hechos. Generalmente, la carga de la prueba de un hecho recae en la parte cuya reclamación o defensa depende del hecho. Por ejemplo, si el demandante argumenta que resultó lesionado por la negligencia del cirujano, le corresponde la carga de probar los hechos que establecen la negligencia del cirujano. Si el cirujano argumenta que, incluso suponiendo que fue negligente, el demandante no puede prevalecer porque el reclamo está prescrito por el estatuto de limitaciones, el cirujano tiene la carga de probar el hecho de que la demanda se presentó después de que el período de prescripción había terminado.

La carga de la prueba rige la determinación de los hechos en el juicio. Como se analizó en el capítulo 2, en apelación, el tribunal no reevaluará las pruebas respecto de la carga de la prueba. Más bien, el tribunal evaluará las pruebas únicamente con respecto al estándar de revisión. Por ejemplo, en un caso civil, el tribunal de apelaciones examinará el veredicto del jurado sólo para determinar si está respaldado por pruebas sustanciales. De ser así, el tribunal de apelaciones confirmará la sentencia del tribunal de primera instancia, incluso si el propio tribunal de apelaciones no hubiera considerado que se había cumplido la carga de la prueba. En otras palabras, una determinación de hecho en un juicio generalmente no se ve alterada en apelación.

2. TÉCNICAS PARA PERSUADIR AL JUZGADOR DE HECHOS

Los abogados emplean varias técnicas para cumplir con la carga de la prueba ante información incompleta, inconsistente e incierta. Primero, argumentan sobre la credibilidad de la evidencia. Por ejemplo, si la prueba es testimonial, los abogados pueden discutir sobre la capacidad del testigo para percibir los hechos respecto de los cuales ha testificado, sobre su capacidad para recordar esos hechos con precisión o sobre su veracidad. Si la prueba es documental, los abogados pueden discutir sobre la autenticidad del documento. En segundo lugar, los abogados argumentan sobre la certeza de la evidencia, es decir, sobre la fuerza de la inferencia que se puede extraer de ella. Por ejemplo, una fotografía puede ser, sin duda, una fotografía precisa tomada por una cámara de vigilancia del ladrón entrando en la tienda de conveniencia. Sin embargo, el abogado defensor puede argumentar que la imagen de la fotografía es pobre y no muestra claramente el rostro del acusado. En tercer lugar, los abogados presentan argumentos basados en la cantidad de pruebas. Por ejemplo, el abogado del demandante puede señalar que ha ofrecido tres expertos eminentes que han testificado que el cirujano acusado no ejerció un cuidado razonable al realizar una cirugía, mientras que el acusado sólo pudo encontrar un experto para testificar en su favor. Cuarto, los abogados presentan argumentos basados en la coherencia de todas las pruebas tomadas en conjunto. Una de las formas en que los humanos más comúnmente organizan la nueva información es en forma de narrativa. Por ejemplo, alguien que desee aprender sobre una persona importante probablemente comience leyendo la biografía de esa persona, una narración en la que los acontecimientos importantes de la vida de alguien se relatan en orden cronológico. De manera similar, un abogado que presenta su evidencia ante un juez o jurado debe intentar

organizar la evidencia en forma de narrativa. El abogado comienza la presentación del caso con una declaración inicial explicando la historia que contará la evidencia, luego de lo cual cada testigo da su testimonio. Es probable que el juez de hechos encuentre creíble la evidencia de una parte en la medida en que cada parte de la evidencia sea consistente con las demás y en la medida en que la historia que la evidencia cuenta sea plausible.

Como esto sugiere, el proceso de investigación de hechos, al igual que otros pasos del proceso de razonamiento jurídico, implica el uso del juicio. No es un proceso mecánico. Los juzgadores de hechos deben ejercer su juicio al evaluar la credibilidad, certeza, cantidad y coherencia de la evidencia basándose en sus propias experiencias de vida.

3. PRESUNCIONES

En algunos casos, una norma de derecho, conocida como presunción, declara que un hecho particular debe considerarse verdadero, al menos bajo ciertas circunstancias. Es decir, probar la ocurrencia de un conjunto de hechos, que pueden denominarse "hechos fundacionales", establece la existencia presunta de otro hecho, el "hecho presunto". Por ejemplo, establecer los hechos fundamentales de que una carta fue dirigida, sellada y depositada adecuadamente en un buzón puede considerarse como una presunción de que la carta fue entregada al destinatario.

Las presunciones son de dos tipos: rebatibles e irrefutables. Una presunción refutable establece que, bajo ciertas circunstancias, un hecho presunto será considerado verdadero por el juez, a menos que se pruebe lo contrario. Para utilizar el ejemplo anterior, una vez que una parte demuestra que la carta se envió correctamente (el hecho fundacional), se presume la entrega de la carta (el hecho presunto) a menos que la otra parte presente pruebas de que la carta no fue entregada.

Una presunción refutable es en realidad sólo una forma de articular la carga de la prueba. Decir que se presume entregada una carta es simplemente decir que la parte que disputa la entrega soporta al menos la carga de la presentación de la cuestión de si la carta fue entregada.

Una presunción irrefutable establece que un hecho presunto será considerado verdadero por el juez, independientemente de cualquier prueba en contrario. Por ejemplo, un Estado puede adoptar una norma según la cual se presumirá irrefutablemente que un hijo nacido de una mujer casada es hijo biológico del marido. Por lo tanto, no importa cuánta evidencia se presente sobre la cuestión de si el marido es el padre biológico, siempre y cuando el juez de hecho concluya que el niño nació mientras la madre y su marido estaban casados (los hechos fundamentales), la decisión del marido la paternidad (el hecho presunto) se establece como cuestión de derecho.

Una presunción irrefutable, a diferencia de una presunción refutable, no es realmente una norma probatoria, sino una norma sustantiva de derecho redactada en el lenguaje de una norma probatoria. Decir que se presumirá que el marido de la madre es el padre del niño no difiere, en efecto, de adoptar una norma jurídica que defina al padre como el marido de

la madre. Es decir, se puede articular una norma sustantiva de derecho que tenga el mismo efecto que la presunción irrefutable, pero sin utilizar el lenguaje de presunción.

Las presunciones reflejan una variedad de políticas diferentes. Por ejemplo, a veces se hace una presunción contra la parte que tiene mayor acceso a las pruebas, basándose en la teoría de que imponer la carga de la prueba a la parte que está mejor capacitada para probar la existencia o inexistencia de un hecho es el enfoque más justo. Si la parte con mejor acceso a las pruebas no las presenta, se puede inferir razonablemente que las pruebas eran contrarias a la posición de esa parte en el litigio. A veces una presunción tiene por objeto facilitar el litigio estableciendo como un hecho el evento más probable, a menos que se presente prueba en contrario. Por ejemplo, si se envió una carta por correo, probablemente se recibió y, por lo tanto, la presunción descrita anteriormente da como resultado que la carta se recibió, a menos que una de las partes pueda presentar pruebas de que no fue así.

Las presunciones representan una forma adicional en la que los hechos establecidos en el juicio pueden no corresponderse con los hechos tal como ocurrieron. En el caso de una presunción irrefutable, el abogado no puede probar que ocurrió lo contrario, por muy convincentes que sean las pruebas. En el caso de una presunción refutable, el abogado puede refutar la presunción y establecer el hecho contrario, pero el efecto de la presunción es imponer la carga de la prueba al abogado que intenta refutar la presunción. Si el abogado no puede asumir la carga de la prueba, no puede demostrar el hecho contrario.

C. El problema del sesgo cognitivo

Al emitir juicios, los juzgadores de hechos actúan inevitablemente con predisposiciones que pueden afectar la forma en que evalúan la evidencia. La literatura psicológica ha documentado una variedad de sesgos cognitivos que afectan a jueces y jurados. Los sesgos cognitivos suelen adoptar la forma de heurísticas. Las heurísticas son reglas para resolver problemas que generalmente se basan en experiencias pasadas. Por ejemplo, si se les preguntaba cuál de dos personas (una chica de dieciséis años o un hombre de cincuenta y cinco) era niñera, la mayoría elegiría a la chica de dieciséis años. La experiencia pasada les ha enseñado que las niñeras suelen ser chicas adolescentes y no hombres de mediana edad. Ante la necesidad de encontrar una niñera, se apoyarán en esa experiencia pasada.

De la misma manera, quienes juzgan los hechos tienden a suponer que los acontecimientos ocurren de una manera que es consistente con su propia experiencia. Por lo tanto, un juez o un jurado que ha visto mentir a un oficial de policía probablemente será más escéptico ante el testimonio de todos los agentes de policía que un juez o un jurado que ha presenciado un acto de heroísmo por parte de un oficial de policía. Es probable que cualquiera de los investigadores suponga que el oficial de policía en el estrado de los testigos es como otros oficiales de policía con los que se encontró en el pasado. Un investigador puede rechazar un relato fáctico que sea completamente exacto si sugiere que las partes se comportaron de una manera que es inconsistente con las experiencias pasadas del investigador. Por lo tanto, quienes juzgan los hechos tienen un sesgo cognitivo contra las narrativas fácticas que son inconsistentes con su experiencia personal. Esto a veces se describe como sesgo de confirmación, es decir, una tendencia a interpretar los acontecimientos para confirmar ideas preconcebidas existentes.

Otro sesgo cognitivo es el sesgo de disponibilidad. Las personas tienden a otorgar importancia injustificada a la información que está más disponible para ellos. Por ejemplo, si una narración de acontecimientos incluye una gran cantidad de información sobre un individuo en particular, ese individuo tenderá a ser visto como de gran importancia para los acontecimientos. Por lo tanto, en un juicio que involucra una transacción compleja con múltiples partes, es más probable que un juez o jurado asigne culpabilidad a aquellas personas que se mencionan con mayor frecuencia en el testimonio.

Otro sesgo cognitivo más es el efecto de anclaje. Cuando las personas deben estimar algún valor, están muy influenciadas por la primera estimación sugerida, incluso si la primera estimación es obviamente incorrecta. Por ejemplo, en un estudio, las personas proporcionaron una estimación más alta de la temperatura promedio en San Francisco si primero se les preguntó si era superior o inferior a 558 grados.[9] Aunque 558 grados es una estimación obviamente absurda, la mera sugerencia de una cifra alta aumentó las estimaciones proporcionadas por los participantes del estudio. Por lo tanto, la estimación de los daños del demandante por parte de un juez o jurado puede estar influenciada simplemente por el hecho de que el demandante exige una cantidad grande.

Otro sesgo cognitivo más es el sesgo retrospectivo. La gente tiende a ver los acontecimientos que ya han ocurrido como predecibles. Varias normas jurídicas atribuyen importancia a la previsibilidad de un acontecimiento. Por ejemplo, a veces los tribunales consideran a un acusado responsable del daño causado por negligencia sólo si el daño era previsible. El sesgo retrospectivo predispone a un juez o jurado a considerar que un evento era previsible.

La literatura psicológica sobre los sesgos cognitivos es rica e interesante.[10] Estos pocos ejemplos pretenden simplemente ilustrar algunos de los factores psicológicos que influyen en la determinación de los hechos en el juicio, ya sea por parte de un juez o de un jurado. El papel de la experiencia personal en el funcionamiento de los sesgos cognitivos sólo sirve para enfatizar la importancia de la identidad del investigador. Los jueces, cuyo trabajo los expone a un conjunto particular de experiencias, bien pueden llegar a una decisión diferente a la de los jurados legos. Además, los jurados individuales pueden interpretar la misma evidencia de manera muy diferente debido a sus propias experiencias diferentes. Dos jurados pueden llegar a veredictos diferentes basándose en la misma evidencia por razones enteramente relacionadas con la identidad de los miembros del jurado. Por lo tanto, un caso puede ganarse o perderse en el momento en que se selecciona el jurado.

En resumen, el punto esencial es que los hechos que importan para el razonamiento jurídico son los hechos que pueden probarse en el juicio. Establecer los hechos requiere que el abogado obtenga pruebas admisibles que sean suficientes para cumplir con la carga de la prueba prescrita a la luz de una serie de sesgos cognitivos por parte del juez de los hechos.

5

APLICAR LA LEY

El último paso en el proceso de razonamiento jurídico es aplicar la ley a los hechos para determinar los derechos y deberes de quienes están involucrados en la situación. La ley, como hemos visto, consta de reglas y políticas subyacentes.

La aplicación de las reglas requiere el uso de uno de dos métodos: deducción o analogía. Al utilizar la deducción, el abogado determina si los hechos de la situación están descritos o no por el predicado fáctico de una regla y, por tanto, si la consecuencia jurídica impuesta por la regla se aplica o no a la situación. Al utilizar la analogía, el abogado determina si los hechos de la situación son o no similares a los descritos por el predicado fáctico de la regla y, por tanto, si la consecuencia jurídica impuesta por la regla se aplica o no a la situación. Al aplicar cualquiera de estos métodos, el abogado utiliza reglas para determinar los derechos y deberes que existen en la situación y así completa el proceso de razonamiento jurídico.

Sin embargo, como se verá, la deducción y la analogía a menudo producen resultados indeterminados. Es decir, el abogado no puede determinar con suficiente certeza si los hechos de la situación se describen o son similares a la situación descrita en el predicado fáctico de la regla. En ese caso, el abogado debe referirse a las políticas subyacentes para conocer los derechos y deberes que existen en la situación.

La aplicación de políticas a una situación implica el uso de métodos muy diferentes de aquellos utilizados para aplicar reglas. En lugar de comparar la situación del caso con la descrita en el predicado fáctico de la regla, el abogado determina si imponer la consecuencia jurídica descrita en la regla promovería las políticas subyacentes en mayor medida que no imponer la consecuencia jurídica. Por lo tanto, la aplicación de políticas no tiene una forma deductiva ni analógica. Implica un proceso de sopesar las políticas y evaluar la relación entre fines y medios.

El grado relativo en que el abogado confía en las reglas y políticas es, hasta cierto punto, una cuestión de elección. Por ejemplo, el abogado puede adoptar la posición de que las disputas deben resolverse mediante la aplicación de reglas y que las políticas se consultarán, en todo caso, sólo cuando exista una incertidumbre extrema sobre la aplicabilidad de la regla. Alternativamente, el abogado puede adoptar la posición de que siempre es preferible buscar el resultado que impulse las políticas subyacentes, a menos (o, tal vez, incluso si) ese resultado fuera contrario al lenguaje muy claro de las reglas.

La elección entre reglas y políticas es profunda. Al aplicar reglas, el abogado busca coherencia con decisiones pasadas, independientemente de si el resultado parece deseable. Al aplicar políticas, el abogado busca el resultado más deseable. Las reglas remiten al abogado a decisiones anteriores, mientras que las políticas remiten al abogado a consecuencias futuras. Las reglas requieren el uso de métodos lógicos de deducción y analogía, mientras que las políticas requieren el uso de un método empírico para evaluar las relaciones fines-medios y un método normativo para sopesar los valores.

El papel apropiado de las normas y políticas es quizás la cuestión más debatida en la jurisprudencia estadounidense moderna. El debate se desarrolla tanto en términos descriptivos como normativos.

La cuestión descriptiva que debaten los abogados es si, de hecho, los tribunales resuelven cuestiones principalmente mediante la aplicación de reglas o mediante la aplicación de políticas. La teoría ortodoxa es que los jueces aplican reglas a través de procesos lógicos de deducción y analogía, recurriendo a políticas sólo en casos difíciles ocasionales. La teoría en competencia es que los jueces en realidad intuyen el mejor resultado, es decir, el resultado que les resulta más satisfactorio como cuestión de política, y sólo entonces recurren a las reglas para explicar y justificar el resultado que han alcanzado en otros casos. jardines. Desde este punto de vista, el juez puede incluso tener la sensación de seguir las reglas, pero la interpretación de esas reglas a medida que el juez las aplica está guiada por una intuición previa sobre la resolución más deseable. De esta manera, puede parecer que las reglas producen el resultado correcto. De hecho, algunos sostienen que la aplicación de las reglas siempre requiere alguna referencia a las políticas subyacentes.[1]

La cuestión normativa que debaten los abogados es si se debe dar primacía a las reglas o políticas para decidir las disputas. Por las razones descritas en el capítulo 11, la posición ortodoxa nuevamente es que los tribunales deben dar primacía a las reglas, refiriéndose a las políticas subyacentes sólo para resolver indeterminaciones o para decidir si las reglas deben cambiarse. Por tanto, la aplicación de políticas se trata como un complemento de la aplicación de reglas.

En este capítulo, la aplicación de reglas se considera como si implicara deducción o analogía.[2] En las dos secciones siguientes se describen estos dos métodos, seguidos de una discusión de algunas de las formas en que cada método se complementa con la aplicación de políticas. La principal preocupación aquí es, por tanto, la aplicación de las normas. Una discusión más completa sobre la aplicación de políticas está reservada para el capítulo 6.

I. DEDUCCIÓN

A. El modelo básico

El razonamiento en forma deductiva utilizando un silogismo es el estilo dominante de razonamiento jurídico. Un silogismo del tipo utilizado en el razonamiento jurídico tiene una estructura establecida que consta de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor postula un enunciado que es verdadero para una clase de objetos, la premisa menor caracteriza un objeto particular como perteneciente a la clase y la conclusión afirma que el enunciado es, por lo tanto, verdadero para ese objeto particular.
Por ejemplo, se podría decir que todos los coroneles de Kentucky usan corbatas (premisa principal). Al escuchar que el Sr. Sanders es un coronel de Kentucky (premisa menor), se podría deducir que el Sr. Sanders usa una corbata de hilo (conclusión). La premisa principal, que postula una afirmación verdadera para una clase de objetos, afirma que todos los coroneles de Kentucky usan corbatas de hilo. La premisa menor, que describe un objeto particular, afirma que el Sr. Sanders es un coronel de Kentucky. La conclusión afirma que la afirmación sobre los coroneles de Kentucky en general es cierta específicamente para el Sr. Sanders.
En el razonamiento jurídico, la premisa mayor establece una norma de derecho aplicable a una clase de situaciones descritas en el predicado fáctico, la premisa menor caracteriza una situación particular como si satisface o no los elementos del predicado fáctico, y la conclusión establece si la Por lo tanto, se ha demostrado que la regla se aplica a la situación particular. Es decir, la premisa mayor anuncia un estado de derecho, la premisa menor describe los hechos de la situación del cliente y la conclusión establece si se ha demostrado que el derecho o el deber descrito en el estado de derecho existe según los hechos de la situación del cliente. .
Por ejemplo, supongamos que el abogado debe decidir si el cliente, un hombre que golpeó a un vecino en la cara, es responsable de una agresión. Una regla legal puede establecer que una persona es responsable de una agresión si, a través de algún acto voluntario, esa persona causa un toque ofensivo a otra persona con la intención de causar el toque. Esta regla establece la premisa principal.
Una vez formulada la premisa mayor, el abogado debe formular a continuación una premisa menor que caracterice los hechos de la situación del cliente. La premisa menor caracteriza los hechos como que satisfacen o no cada uno de los elementos del predicado fáctico de la regla.
Se puede pensar en el tratamiento de los hechos por parte del abogado como un proceso de categorización. La norma crea una categoría de hechos que da lugar a una consecuencia jurídica. El abogado debe decidir si la situación del cliente está incluida en la categoría o excluida de ella.
En el caso de la regla expuesta anteriormente, el predicado fáctico tiene cuatro elementos: (1) un acto voluntario (2) que causa (3) un toque ofensivo (4) con intención. El abogado con cierto grado de confianza puede establecer una premisa menor de que el cliente (1) realizó un acto voluntario (2) que causó (3) un toque ofensivo (4) con la intención de

causar el toque. Combinando la premisa mayor con la premisa menor, el abogado concluye que el cliente es responsable de una agresión. En otras palabras, el abogado ha categorizado los hechos de la situación del cliente como dentro del predicado fáctico de la regla. La conclusión es que la consecuencia jurídica prevista en el estado de derecho existe en la situación del cliente.

Este modelo básico de razonamiento silogístico supone que el abogado puede aplicar el derecho a los hechos haciendo referencia únicamente al lenguaje de la norma jurídica, un enfoque que a veces se denomina textualismo (debido a que se centra exclusivamente en el texto de la norma) o formalismo. . En efecto, el abogado examina las palabras de la regla e intenta decidir si los hechos generales establecidos en la regla abarcan los hechos específicos de la situación del cliente.

B. El problema de la indeterminación

Sin embargo, el razonamiento jurídico en forma deductiva suele ser indeterminado. Cuando es así, el abogado no puede llegar a una conclusión firme simplemente aplicando el lenguaje sencillo de la regla a los hechos.

El razonamiento jurídico es indeterminado porque los elementos del predicado fáctico se expresan en términos tan generales que el abogado no puede determinar con certeza si incluyen los hechos de la situación del cliente.[3] Así, a menudo es posible caracterizar los hechos de la situación del cliente en más de una manera y de ese modo derivar dos o más premisas menores alternativas. La conclusión del proceso de razonamiento jurídico depende enteramente de la premisa menor que seleccione el abogado.

Consideremos el ejemplo del cliente que golpeó a su vecino. Pocos dudarían de que un puñetazo en la cara satisface los elementos de una agresión, incluido el elemento de un toqueteo. Por lo tanto, la única premisa menor plausible incluiría una afirmación de que el cliente sí provocó un tocamiento.

Supongamos ahora, sin embargo, que el cliente, en lugar de golpear al vecino en la cara, le había tirado de la corbata, se había puesto la manga de la camisa, se había quitado el sombrero de la cabeza o le había tirado una caja de pizza de la mano. O considere contactos menos tangibles, como soplar aire sobre el vecino, hacer que ondas sonoras reverberen en su oído o enviar radiación electromagnética a través de su cuerpo.

El problema es que el término *contacto* es tan general que los abogados pueden diferir sobre cuál de estos ejemplos, si alguno, constituye un contacto. Que el cliente haya satisfecho los elementos de una agresión en cada caso depende de cómo el abogado caracterice la conducta del cliente.

El problema de la indeterminación es especialmente difícil si el predicado fáctico incorpora un estándar jurídico, como “razonabilidad” o “buena fe”. En lugar de exponer los hechos que deben estar presentes, las normas simplemente caracterizan los hechos en un alto nivel de generalidad. La aplicabilidad de la caracterización puede depender de innumerables circunstancias que no pueden especificarse, ni se especifican, en el predicado fáctico. Por lo tanto, las normas son tan generales que es particularmente improbable que su lenguaje decida un caso con total certeza.

Por ejemplo, una norma del derecho de daños establece que una persona es negligente si no ejerce un cuidado razonable. Conducir un automóvil a sesenta millas por hora no es razonable si la carretera pasa por una zona escolar y hay niños presentes, pero puede ser completamente razonable si la carretera es una autopista desierta de cuatro carriles y el conductor lleva a un paciente coronario al hospital. En resumen, las normas no crean una categoría claramente definida de hechos que den lugar a la consecuencia jurídica y, por tanto, pueden intensificar la indeterminación de una norma jurídica.[4]

C. Abordar la indeterminación mediante la especificidad

El problema de la indeterminación, como se señaló anteriormente, surge del hecho de que el lenguaje de las reglas es tan general que el abogado no puede estar seguro de si el lenguaje abarca los hechos de una situación particular. En otras palabras, no está claro si los hechos deben caracterizarse como elementos de la norma.

Debido a que el problema de cómo caracterizar los hechos surge de la generalidad del lenguaje de la regla, a veces la dificultad puede abordarse encontrando una regla más específica que defina los elementos con mayor precisión o los ilustre. Recuerde que, en el paso 3, el abogado ha organizado las reglas en un marco en el que las reglas específicas se clasifican como subreglas de reglas más generales.

Un tipo de subregla ilustra una regla general o un elemento de una regla general. Así, por ejemplo, el abogado puede identificar un caso que sostenga que arrancarle una caja de pizza de la mano a la víctima fue un toque ofensivo. Si el caso actual involucra a un acusado que le quitó un sombrero de la cabeza al demandante, el abogado del demandante argumentará que, por analogía, quitarse un sombrero de la cabeza debería tratarse de la misma manera que quitarse una caja de pizza de la cabeza. mano. Este uso de la analogía se analiza más adelante.

Otro tipo de subregla define un elemento de una regla más general. Así, por ejemplo, el abogado puede identificar una regla que defina el elemento de tocamiento. Tal regla puede establecer que un tocamiento ocurre cuando el demandado causa contacto físico con la persona del demandante o con algo estrechamente identificado con la persona del demandante. Esta regla añade un grado de especificidad a la palabra *tocar* .

Una vez identificada una regla más específica, el abogado vuelve a realizar un razonamiento silogístico, utilizando ahora la regla específica como premisa principal. Supongamos que el demandado ha tirado de la corbata del demandante. La nueva premisa principal de este silogismo es que quien provoca contacto físico con la persona del demandante o algo estrechamente identificado con la persona del demandante comete un tocamiento. La premisa menor podría ser que una corbata se identifica estrechamente con la persona del demandante. La conclusión sería entonces que tirar de la corbata constituye un tocamiento.

Se podría utilizar un silogismo similar en un esfuerzo por decidir si arrancarle una caja de pizza de la mano al demandante es un contacto físico. En este caso, sin embargo, incluso la norma más específica puede resultar demasiado general. Simplemente puede no ser evidente para el abogado si la casilla está “estrechamente identificada” con la persona. El abogado puede buscar una regla aún más específica que defina los elementos de la regla específica, como la frase *estrechamente identificado* , y, si existiera tal regla, el abogado la usaría nuevamente silogísticamente para decidir sobre la caja. Si no existe una regla más específica, el abogado se encontrará en un dilema sobre cómo determinar si la caja está estrechamente identificada con la persona del demandante y, por lo tanto, si golpear la caja es un toque.

En resumen, identificar reglas más específicas a veces puede parecer que resuelve el problema de la indeterminación. Sin embargo, los abogados a menudo descubren que incluso la regla más específica es lo suficientemente general como para dejar lugar a dudas. Es necesario algo más que un razonamiento formal para llegar a una conclusión.

D. Abordar la indeterminación mediante reglas de interpretación estatutaria

1. LAS NORMAS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN LEGAL

Los tribunales han adoptado una serie de reglas especiales para interpretar las leyes. Estas reglas, a menudo denominadas "cánones de interpretación" o "cánones de construcción", tienen como objetivo ayudar al abogado a interpretar un lenguaje de significado incierto. Algunos cánones se caracterizan como cánones lingüísticos porque abordan cómo se deben interpretar las palabras. Por ejemplo, un canon lingüístico de interpretación legal es que una ley debe interpretarse de acuerdo con su significado claro. Es decir, se presume que las palabras no tienen un significado especial o inusual.

Un segundo canon es que se debe dar efecto a cada palabra o frase de un estatuto. Por lo tanto, si una interpretación puede conciliarse con el lenguaje de una ley sólo asumiendo que cierta palabra es redundante o carece de efecto, el tribunal generalmente rechazará esa interpretación.

Un tercer canon, expresado a veces en la máxima latina *Expressio unius est exclusio alterius* (que significa "La expresión de una cosa es la exclusión de otra"), es que el lenguaje de una regla se presume exhaustivo. Por lo tanto, si una ley enumera ciertos casos a los que se aplica, el tribunal presumirá que la legislatura tuvo la intención de excluir cualquier caso no enumerado.

Un cuarto canon, conocido como la doctrina de *ejusdem generis* (una frase latina que significa "del mismo tipo"), establece que cuando un estatuto contiene una lista de instancias a las que se aplica seguida de un lenguaje general que indica otras instancias, el estatuto será Se presume que se aplica a otros casos sólo si son del mismo tipo que los enumerados. Por ejemplo, un estatuto que autorizara a un investigador a inspeccionar "libros, papeles y otros registros" autorizaría la inspección sólo de otros registros que fueran como libros y papeles. Un canon similar es el de *noscitur a sociis* (una frase latina que significa "que sea conocido por sus asociados"), según el cual una palabra vaga debe interpretarse en referencia a las palabras que la acompañan.

Otro canon, que también se resume frecuentemente en una máxima latina –*Generalia specialibus non derogant* (que significa "lo general no deroga lo particular")– establece que un estatuto específico prevalece sobre uno más general. Por ejemplo, si un estatuto establece que los reclamos por negligencia deben presentarse dentro de los tres años y un segundo estatuto establece que los reclamos por negligencia contra los médicos deben presentarse dentro de un año, el último estatuto probablemente regirá una demanda por negligencia presentada por un paciente contra un cirujano. . Debido a que las acciones por negligencia contra médicos son una categoría de demandas más limitada que las acciones por negligencia en general, es probable que el estatuto por negligencia se considere más específico y, por lo tanto, el estatuto aplicable.

Un último canon lingüístico es que los estatutos *in pari materia* (una frase latina que significa "sobre el mismo asunto" o "sobre el mismo tema") se interpretarán con referencia entre sí. Por ejemplo, un término utilizado en diferentes leyes relativas a impuestos debe interpretarse en armonía.

Otros cánones de interpretación legal se clasifican como sustantivos. Por ejemplo, uno de esos canones es que un estatuto no se interpretará de manera que conduzca a un resultado absurdo. Otro de esos canones es que una ley ambigua debe interpretarse de manera que sea coherente con la Constitución. Un tercer canon es que una ley ambigua se interpretará en contra del gobierno. Así, una ley penal será interpretada, en casos dudosos, de manera que no se aplique al acusado. Otro canon sustantivo establece que las leyes que derogan el derecho consuetudinario se interpretarán de manera estricta. Así, una ley que modifica normas del common law será interpretada, en casos dudosos, como no aplicable.

2. LA INDETERMINACIÓN DE ESTAS NORMAS ESPECIALES

Incluso con numerosos cánones de interpretación legal como los que acabamos de describir, el análisis textual de una ley a menudo resulta indeterminado por dos razones.

En primer lugar, un canon de interpretación es en sí mismo una forma de regla y, como tal, puede ser demasiado general para conducir a una conclusión única. Por ejemplo, en el caso de la doctrina del *ejusdem generis* , los abogados pueden estar en desacuerdo sobre las características que tienen en común los elementos enumerados. [5] Así, en el ejemplo que acabamos de dar, un abogado puede concluir que los tipos de registros que el investigador puede inspeccionar incluyen sólo aquellos que están impresos en papel, lo que excluiría los microfilmes y los discos de computadora, mientras que otro abogado puede concluir que incluyen cualquier registro que esté en forma impresa, ya sea en papel o no, que incluiría microfilmes pero no discos de computadora. Cada una de estas caracterizaciones describe con precisión libros y artículos, pero cada una tiene un alcance algo diferente y, si se usara, daría un significado diferente al término *otros registros* . Así, las reglas de interpretación son muy a menudo víctimas del mismo problema de generalidad que pretenden abordar. Por esa razón, las reglas de interpretación legal pueden ser indeterminadas.

En segundo lugar, los cánones de interpretación legal pueden ser indeterminados porque a veces son contradictorios a primera vista. De hecho, el profesor Karl Llewellyn, que enseñó en la Facultad de Derecho de Columbia de 1925 a 1951 y luego en la Universidad de Chicago, escribió un conocido artículo en 1950 en el que intentaba demostrar que, para cada uno de los numerosos cánones de interpretación legal, uno Podría enunciar otro canon que pareciera contradecirlo, al menos en parte. [6] Por ejemplo, Llewellyn señaló que un canon comúnmente establecido en el sentido de que "si el lenguaje es claro e inequívoco se le debe dar efecto" se contradecía con otro canon que afirmaba que no se adoptará una interpretación literal si "conduciría al absurdo o al consecuencias dañinas o frustrar un propósito manifiesto".

Una explicación para este fenómeno es la tensión subyacente en la interpretación de la ley respecto de hasta qué punto un abogado debe consultar fuentes extrínsecas al interpretar

una ley. Dicho de otra manera, los conflictos entre reglas de interpretación estatutaria tienen sus raíces en una disputa sobre la primacía relativa que se debe otorgar al lenguaje de la regla y las políticas subyacentes. Como se analizó en el capítulo 2, un abogado puede intentar interpretar una ley examinando únicamente su lenguaje o consultando fuentes extrínsecas. Si el abogado decide consultar fuentes extrínsecas, existen al menos dos tipos de fuentes extrínsecas que pueden consultarse. Uno es la historia legislativa, que se investigaría en un esfuerzo por interpretar el estatuto de acuerdo con la intención de legisladores específicos. Otra es la comprensión posterior de lo que es justo o sabio, lo que podría conducir a una interpretación del estatuto de acuerdo con las nociones actuales de justicia o buena política.

Cada una de estas teorías de interpretación legal se refleja en una variedad de cánones de interpretación legal. Consideremos, por ejemplo, los dos cánones tomados del artículo de Llewellyn. La primera teoría –que la interpretación se basa únicamente en el lenguaje– se refleja en el canon de que se debe dar efecto al lenguaje sencillo e inequívoco. La teoría en competencia –que la interpretación puede basarse en fuentes extrínsecas– se refleja en el segundo canon. Según el segundo canon, no se debe seguir el lenguaje literal si "frustraría un propósito manifiesto" (es decir, iría en contra de la intención legislativa) o conduciría a "consecuencias absurdas y dañinas" (es decir, contradiría las nociones actuales de justicia o políticas sólidas).). Así, el primer canon tiende a restringir al abogado únicamente al texto, mientras que el segundo alienta al abogado a mirar más allá del lenguaje del estatuto, a la historia legislativa y a las nociones comunes de justicia y política sólida.

En otras palabras, las reglas de interpretación legal se basan en teorías de interpretación legal en competencia, es decir, en diferentes concepciones de la importancia relativa de las reglas y políticas. Como las teorías apuntan en direcciones opuestas, las reglas también apuntan en direcciones opuestas. Por lo tanto, el resultado alcanzado puede depender de qué reglas de interpretación legal se apliquen.

E. Abordar la indeterminación mediante juicios políticos

La principal técnica no textualista o no formal para abordar la indeterminación de las reglas, ya sea que estén incorporadas en estatutos o decisiones judiciales, es el uso de juicios políticos. El abogado debe decidir si las políticas subyacentes a la regla se promoverían al caracterizar los hechos como que satisfacen o no los elementos de la regla.

1. LOS DOS TIPOS DE SENTENCIAS DE POLÍTICA REQUERIDAS

El uso de políticas para abordar la indeterminación requiere que el abogado emita dos tipos diferentes de juicios, los cuales se analizan en esta subsección.

El primer tipo de juicio requerido es un juicio sobre la relación entre fines y medios. En el ejemplo de la batería dado anteriormente, un fin es preservar la paz. El abogado debe decidir si se lograría ese fin exigiendo al cliente que pagara una compensación por, por ejemplo, quitarle un sombrero a alguien.

En teoría, la medida en que un medio particular contribuirá a un fin determinado es una cuestión empírica. Sin embargo, rara vez se realizan experimentos controlados para determinar los efectos de una regla particular. Así, los abogados y los tribunales generalmente utilizan una combinación de experiencia e intuición para emitir juicios sobre la relación entre fines y medios. Al emitir juicios, los abogados pueden llegar a conclusiones sobre las cuales las personas razonables pueden diferir.

El segundo tipo de juicio requerido es un juicio sobre la importancia relativa de las políticas. Este juicio es necesario porque todas las reglas representan un compromiso entre una serie de políticas opuestas. Por ejemplo, la norma que define una agresión puede basarse en la política de preservar la paz, pero también se basa en la política opuesta de desalentar los litigios por delitos triviales. El abogado debe decidir qué política prevalecerá en una situación determinada. Una vez más, tales juicios pueden arrojar conclusiones sobre las cuales las personas razonables pueden diferir.

El abogado, en efecto, hace dos juicios: qué política preferir y qué medios son eficaces para promover esa política. En la siguiente subsección se describe la naturaleza de los juicios de política, y en la subsección siguiente, la discusión se centra en términos generales en cómo se combinan estos juicios para decidir un caso. Estos temas se analizan con más detalle en el capítulo 6.

2. LA NATURALEZA DE LOS JUICIOS DE POLÍTICA

El abogado comienza el proceso de emitir juicios políticos identificando las políticas articuladas por la legislatura o los tribunales al formular la regla a aplicar. En el ejemplo de la agresión, por ejemplo, el abogado puede haber encontrado lenguaje en la jurisprudencia que indica que el agravio por agresión se basa en varias políticas. Una puede ser una política de preservación de la paz, que se promueve alentando a la víctima a acudir a los

tribunales en lugar de tomar represalias o instigar una disputa. Otra puede ser una política para desalentar los litigios frívolos, que se promueve limitando la responsabilidad extracontractual a conductas que causan daños importantes. El abogado debe decidir si estas pólizas requieren compensación en la situación particular bajo revisión.

Supongamos que el abogado debe aplicar las políticas a la cuestión de si quitarle un sombrero a alguien es una agresión. Uno puede verse tentado a estructurar el proceso de razonamiento en forma silogística. Para simplificar las cosas, supongamos por un momento que sólo hay una política: preservar la paz. En este silogismo propuesto, la premisa principal es que uno comete un tocamiento al provocar un contacto físico con algo estrechamente identificado con la persona de otro, de modo que es probable que el contacto provoque una alteración del orden público. La premisa menor es que quitarle un sombrero a alguien probablemente provoque una alteración del orden público. La conclusión sería que empujarse el sombrero es tocarse.

Sin embargo, utilizar políticas para decidir casos no es verdaderamente deductivo. Esto es así porque las políticas no establecen una premisa importante a partir de la cual se pueda razonar deductivamente; Las políticas no son reglas generales que describen una categoría completa de casos que tienen una consecuencia jurídica particular. Más bien, las políticas son los fines para los cuales las reglas son los medios. Así, las políticas, por sus términos, se plantean como absolutas, como objetivos que deben buscarse en todas las circunstancias y por cualquier medio, mientras que las normas jurídicas, por sus términos, crean una consecuencia jurídica específica sólo en las circunstancias limitadas establecidas en el predicado fáctico.

Al utilizar políticas para completar el proceso de razonamiento jurídico, el abogado no razona a partir de una regla general para un caso específico. Más bien, el abogado razona a partir de un caso específico hacia al menos uno, y probablemente varios, objetivos políticos. Esta forma de razonamiento requiere que el abogado haga juicios empíricos sobre la relación entre fines y medios y juicios de valor sobre el peso relativo de las políticas.

Por supuesto, las políticas pueden formularse en diferentes niveles de generalidad. Una política de protección de la libertad individual, por ejemplo, puede definirse más específicamente como la política de proteger la libertad de expresión y, más específicamente aún, como la política de proteger a los periódicos contra acciones por difamación. A medida que las políticas se formulan en niveles inferiores de generalidad, su ámbito de aplicación se vuelve limitado y comienzan a adquirir el carácter de reglas. Así, a medida que las políticas se vuelven más específicas y las reglas más generales, la distinción entre ambas se disuelve. Esta idea se discutirá con mayor detalle en el capítulo 6. Por el momento, basta decir que las políticas pueden expresarse en diferentes niveles de generalidad y que, como se mostrará más adelante, los abogados pueden manipular el nivel de generalidad para crear Argumentos a favor o en contra de la aplicación de una norma.

3. COMBINAR LOS JUICIOS DE POLÍTICA PARA DECIDIR CASOS

a. En general

Decidir un caso requiere que el abogado combine los dos juicios para determinar el beneficio político general obtenido por cada resultado posible. El resultado preferido es aquel que produce el mayor beneficio político.

El abogado no puede simplemente decidir que una política es más importante que las otras y luego proponer cualquier resultado que impulse esa política. El problema con este enfoque es que un resultado particular puede no promover la política preferida lo suficiente como para justificar el costo para las políticas competidoras. Al predecir el resultado al que es más probable que llegue un tribunal, el abogado elige el resultado que se estima que proporcionará el mayor beneficio, teniendo en cuenta el peso relativo de las políticas en competencia y la medida en que cada resultado promoverá o impedirá esas políticas.

Por ejemplo, la norma que crea responsabilidad por agresión, como ya se señaló, se basa en políticas que incluyen disuadir la violencia y evitar litigios inútiles. Supongamos que el tribunal decide que la primera política es más importante que la segunda. Utilizando esa suposición, el tribunal bien podría inclinarse a adoptar una norma según la cual todos los contactos físicos dan lugar a responsabilidad por agresión, con el fin de desalentar cualquier contacto físico que pudiera conducir, incluso remotamente, a violencia. Sin embargo, existen dos objeciones a esa regla. En primer lugar, fomentaría demasiados litigios: el viaje matinal en un metro abarrotado podría generar docenas de demandas. En segundo lugar, muchos contactos físicos nunca conducirían a la violencia. Por lo tanto, el beneficio de una norma de este tipo para prevenir la violencia sería pequeño, mientras que el costo en términos de la política de evitar litigios inútiles sería grande. En consecuencia, a pesar de la mayor importancia de prevenir la violencia, el tribunal podría decidir imponer responsabilidad sólo por aquellos tocamientos que puedan provocar violencia, como aquellos que una persona razonable consideraría ofensivos. Si evitar los litigios se convirtiera en una política relativamente más importante, entonces el tribunal podría exigir una probabilidad aún mayor de violencia antes de imponer responsabilidad. Por ejemplo, el tribunal podría exigir una conducta escandalosa antes de imponer responsabilidad, evitando así la responsabilidad en todos los casos excepto en los más extremos. Entonces, al combinar los juicios, el abogado considera tanto la importancia de las políticas como el grado en que cada resultado las promoverá o impedirá.

Aunque las personas razonables pueden diferir sobre el peso relativo de las políticas y el grado en que resultados particulares promoverán o impedirán una política determinada, los juicios sobre políticas no son totalmente indeterminados. Como se analizará en el capítulo 6, los juicios de política se hacen en un contexto particular que incluye el entorno histórico, los individuos que emiten los juicios, los hechos a los que se aplicarán los juicios y las decisiones judiciales anteriores. Este contexto a menudo limita, aunque no determine por completo, los juicios sobre el peso de las políticas y las relaciones entre fines y medios.

b. Dibujo lineal

Algunos abogados describen la aplicación del derecho a los hechos utilizando la metáfora del trazado de líneas: al adoptar una regla, el abogado traza una línea entre dos categorías de situaciones fácticas. En la categoría de situaciones de un lado de la línea existe el derecho o deber creado por la norma. En la categoría del otro lado de la línea, el derecho o el deber no existe. La ubicación de la línea es en gran medida una cuestión de juicio porque, para ubicar situaciones a ambos lados de la línea, el abogado debe decidir la importancia relativa de cada política y en qué medida la aplicación de la regla a cualquier situación dada mejorará la situación. o impedir cada política.

Idealmente, las situaciones de un lado de la línea deberían ser cualitativamente diferentes de las del otro lado. Esta diferencia cualitativa justifica tratar las situaciones de manera diferente. En la práctica, sin embargo, a menudo es característico del dibujo lineal que, sin importar dónde se dibuje la línea, habrá situaciones en ambos lados que no parecen *diferir* cualitativamente, es decir, la diferencia parecerá ser sólo de muy ligera diferencia. grado. Dado que las situaciones en ambos lados difieren sólo ligeramente, la ubicación precisa de la línea parecerá arbitraria.

En casos extremos, la elección del lado de la línea en el que situar la situación fáctica parecerá fácil. Para volver al ejemplo del deber del propietario de advertir sobre los peligros, en un extremo puede parecer obvio que un pozo de seis metros de profundidad es tan peligroso que el tribunal debería imponer al propietario la carga mínima de advertir sobre el pozo. En el otro extremo, puede parecer igualmente obvio que una depresión de una pulgada de profundidad en el suelo plantea un peligro tan pequeño que no se obtendría ningún beneficio discernible al imponer el deber de advertir. El caso del hoyo de seis metros y el caso de la depresión de una pulgada parecen pertenecer claramente a lados diferentes de la línea. Las situaciones son cualitativamente diferentes y esta diferencia justifica que tengan consecuencias jurídicas diferentes.

Sin embargo, a medida que surgen casos que involucran pozos de diferentes profundidades, algunas de las situaciones en lados opuestos de la línea pueden comenzar a parecerse bastante entre sí. En algún momento, la distinción entre dos casos en lados opuestos de la línea puede parecer arbitraria porque no existe una diferencia cualitativa entre ellos.

Sin embargo, hay que trazar la línea en alguna parte. La alternativa sería permitir que una política prevalezca todo el tiempo. El propietario del terreno no tendría el deber de advertir sobre ningún peligro, por peligroso que fuera, o tendría el deber de advertir sobre cualquier condición del terreno, por trivial que fuera. Debido a que ambas reglas son altamente indeseables, se tolera el trazado de una línea que puede parecer arbitraria en casos cercanos, siempre y cuando la ubicación de la línea parezca reflejar una diferencia cualitativa entre al menos la mayoría de los casos a ambos lados de la línea y para producir un resultado deseable en la mayoría de las situaciones.

C. Equilibrio

Algunos abogados describen el razonamiento jurídico utilizando la metáfora de un conjunto de escalas y se refieren a "equilibrar" las políticas en una situación particular. Si el beneficio para la política pública asociado con la creación de un derecho o deber en una situación particular supera el costo para la política pública asociado con la creación del derecho o el deber, se determinará que el derecho o el deber existe. Si el costo supera el beneficio, entonces no se determinará que existe el derecho o el deber.

La metáfora del equilibrio parece sugerir que decidir un caso requiere que el abogado emita sólo el primer tipo de juicio: un juicio sobre la importancia relativa de las políticas. Y, de hecho, la mayoría de los abogados, en la medida en que piensan en ello, probablemente piensan en las pruebas de equilibrio simplemente como eso: una pesada ponderación de una política frente a otra.

De hecho, sin embargo, el equilibrio generalmente requiere ambos tipos de juicios. El abogado no se limita a sopesar, por ejemplo, la libertad de expresión con el deseo del Estado de suprimirla. Si fuera así, entonces una política prevalecería sobre la otra, con el resultado de que la libertad de expresión estaría siempre protegida o nunca estaría protegida.

Más bien, el abogado realmente está sopesando el valor de este acto particular de represión contra el valor de este caso particular de expresión. El abogado debe emitir juicios sobre hasta qué punto este ejemplo de expresión realmente promueve las políticas subyacentes a la libre expresión, así como sobre hasta qué punto este ejemplo de represión realmente promueve las políticas subyacentes al deseo estatal de reprimir, los cuales son juicios sobre la relación entre fines y medios.

Por ejemplo, el abogado puede decidir que la política de libertad de expresión es más importante que la política de preservar un vecindario tranquilo. Si ese fuera el alcance total de una prueba de equilibrio, entonces el abogado, si se le pidiera que decidiera si la ley permite a un hombre usar un altavoz en un barrio residencial a las tres de la mañana, tendría que responder afirmativamente, porque la libertad de expresión pesa más que la tranquilidad.

El abogado, sin embargo, emprende una prueba de equilibrio más sofisticada. Más específicamente, el abogado también considera la relación entre los objetivos de la política y los medios adoptados por el Estado para promover esos objetivos. Así, el abogado analiza hasta qué punto una prohibición del altavoz a las tres de la madrugada favorecería la tranquilidad y obstaculizaría la libertad de expresión. Si al orador se le permitiera utilizar el altavoz durante otros momentos del día para transmitir el mismo mensaje, entonces la interferencia con la libertad de expresión sería mínima. El abogado puede concluir que el fuerte vínculo de la prohibición con la preservación de la tranquilidad justifica la mínima interferencia con la libertad de expresión.[7]

F. El problema especial del dictamen

Hasta ahora en esta sección se ha asumido que las reglas identificadas y sintetizadas en un marco son vinculantes si se aplican y que la tarea crítica del abogado es determinar si las reglas realmente se aplican a la situación bajo revisión. Si bien esta suposición es correcta en lo que respecta a la ley promulgada, es problemática en lo que respecta a la jurisprudencia.

La dificultad es que no todas las normas jurisprudenciales tienen la misma fuerza. Como se ha señalado, la ley distingue entre la celebración de un caso, que es vinculante en casos futuros, y el dictamen, que no lo es.

Sin embargo, la distinción no es tan clara en la práctica como lo es en teoría. Aparte del problema de que dos abogados pueden no ponerse de acuerdo sobre qué aspectos de un caso son la decisión y cuáles son dictum, los tribunales en casos posteriores pueden optar por tratar una declaración que claramente era dictum como si fuera una norma de derecho vinculante.

Es decir, aunque un tribunal no necesita seguir un dictamen, muy a menudo lo hace. Dictum representa, en efecto, la predicción del tribunal sobre cómo decidiría todos los casos futuros dentro del alcance de la regla. Cuantos más casos se haya citado una norma particular in dictum, mayores serán las posibilidades de que un tribunal posterior la siga.

Sin embargo, un tribunal no aplicará la sentencia si el abogado puede persuadir al tribunal de que dicha sentencia llevaría a un resultado indeseable en el presente caso. A modo de ilustración, supongamos que el abogado en el ejemplo de la agresión encuentra un caso anterior que afirma que la ropa usada por alguien está "estrechamente identificada" con el cuerpo de esa persona y, por lo tanto, tirar de la ropa de otra persona es un contacto físico. En el caso anterior, sin embargo, la ropa era una corbata que llevaba el demandante. Debido a que era necesario decidir sólo si una corbata está estrechamente identificada con el cuerpo del demandante, en la medida en que la regla se refiere a cualquier prenda de vestir además de una corbata, la regla es dictaminada.

Supongamos ahora que el abogado se entera de que su cliente le tiró de la manga a su vecino. Obviamente, una camisa es una prenda de vestir. Sin embargo, la regla era obligatoria, excepto en lo que respecta a las corbatas, por lo que el tribunal no necesitaba caracterizar la manga de la camisa como un artículo estrechamente identificado con el cuerpo. Pero ¿debería hacerlo?

El tribunal decide si sigue el dictamen mediante el ejercicio de juicios políticos. Por ejemplo, el tribunal tendrá que evaluar en qué medida imponer una obligación de compensación al cliente puede contribuir al fin de disuadir la violencia. Es decir, el tribunal tendrá que decidir si tirar de la manga de una camisa tiene tantas probabilidades de provocar violencia como tirar de una corbata. El abogado puede argumentar, por ejemplo, que es menos probable que se produzca una alteración del orden público tirando de la manga de una camisa que de una corbata porque tirar de la manga de la camisa no supone un peligro potencial de estrangulamiento y, por lo tanto, quien la lleva puede sentirse

menos amenazado o invadido. Por lo tanto, imponer responsabilidad por tirar de la manga de la camisa está menos estrechamente relacionado con el fin de disuadir la violencia que imponer responsabilidad por tirar de la corbata. Al mismo tiempo, continuará el argumento, ponerse las mangas de la camisa es un recurso tan común para llamar la atención de alguien que imponer responsabilidad por ese acto podría conducir a un litigio frívolo. En consecuencia, imponer responsabilidad por tirar de la manga de la camisa obstaculizaría la política de desalentar los litigios más que imponer responsabilidad por el acto mucho menos común de tirar de la corbata. En resumen, concluirá el abogado, el mayor beneficio político se derivará de ignorar el dictamen y no imponer responsabilidad por tirar de la manga de la camisa.

Como se explica en la sección final de este capítulo, un tribunal emite el mismo tipo de juicios de política al decidir si anula por completo un caso anterior. Sin embargo, dado que el dictamen no es vinculante, al tribunal, en teoría, le resulta más fácil ignorarlo que anular la decisión anterior. Cualquier intento de revocar una decisión anterior debe superar la pesada política de stare decisis y, por lo tanto, requiere bases políticas muy sólidas para cambiar la ley.

La distinción entre la celebración y el dictamen añade una dimensión adicional de indeterminación al proceso de razonamiento jurídico. Como se ha ilustrado, muy a menudo el abogado no puede estar seguro de qué resultado requiere una regla dada en un caso particular. Es decir, los términos de la regla son indeterminados. Sin embargo, si la regla es dictaminada, entonces el abogado ni siquiera puede estar seguro de que se aplicará la regla. Al intentar predecir la decisión del tribunal, el abogado debe incluir en el cálculo la posibilidad de que no se cumpla el dictamen.

G. Utilizar la deducción como defensor

Hasta ahora, el análisis del razonamiento jurídico en forma deductiva ha asumido generalmente que el abogado actúa como un consejero e intenta determinar de manera desinteresada cómo se aplica la ley a los hechos. En muchos casos, sin embargo, el abogado que aplica la ley a los hechos actúa como defensor y quiere llegar a una conclusión favorable al cliente.

Aunque el asesor jurídico puede sentirse frustrado por la indeterminación de la ley, para el abogado esta misma indeterminación brinda oportunidades para formular argumentos en apoyo de la posición del cliente. La indeterminación del derecho resulta de la generalidad de las reglas y del hecho de que las políticas subyacentes sólo pueden aplicarse mediante el ejercicio del juicio. En otras palabras, la indeterminación está integrada en la estructura misma del proceso de razonamiento jurídico.

El defensor aprovecha estas fuentes estructurales de indeterminación. Debido a que la indeterminación tiene sus raíces en ciertas características constantes del proceso de razonamiento jurídico, los abogados han desarrollado técnicas estándar para utilizar la indeterminación en beneficio de sus clientes.

En esta sección se describen algunas de estas técnicas estándar. Primero se examina el caso del abogado que argumenta que una regla sí se aplica, seguido por el caso del abogado que argumenta que la regla no se aplica.

1. APLICACIÓN SOPORTANTE DE LA NORMA

El abogado que defiende la aplicación de una norma de jurisprudencia normalmente busca ampliar el predicado fáctico de la norma, exponiendo los elementos en términos relativamente generales. Como mínimo, el abogado debe exponer el predicado fáctico en términos lo suficientemente generales como para incluir los hechos del caso actual.

A menudo, esto requerirá que el abogado no se base en la interpretación limitada de un caso anterior sino en las reglas más amplias establecidas en el dictamen. El caso anterior puede haber establecido la regla de que una condición peligrosa en el terreno da lugar a un deber por parte del propietario de advertir sobre el peligro y luego puede haber sostenido que el propietario tenía el deber de advertir sobre un pozo oculto. El abogado del demandante en el presente caso, a menos que el cliente haya resultado herido por un pozo oculto, preferiría citar la regla amplia establecida en el dictamen en lugar de la posición más limitada. Alternativamente, el abogado puede sintetizar una nueva regla a partir de varios casos anteriores en la forma descrita en el capítulo 3.

El abogado también puede optar por formular las *consecuencias jurídicas* de los casos anteriores con un alto nivel de generalidad. Supongamos, por ejemplo, que en un caso anterior se consideró que el propietario del terreno tenía el deber de publicar una advertencia sobre una pendiente inestable. En la situación actual, el propietario colocó un cartel advirtiendo a los invitados a la fiesta sobre el peligro, pero el cliente, distraído por la

fiesta, no prestó atención y sufrió una lesión. El abogado puede formular el deber en el caso anterior como el deber de dar aviso adecuado a los invitados sobre un peligro, una formulación algo más amplia. El abogado ahora puede argumentar que, si bien una advertencia publicada fue una notificación adecuada en las circunstancias del caso anterior, la advertencia publicada por el propietario del terreno en este caso no fue una notificación adecuada en las circunstancias de una fiesta bulliciosa y, por lo tanto, el anfitrión está sujeto a el cliente.

Otra forma de ampliar las consecuencias jurídicas de una norma es sintetizar una nueva norma a partir de varios casos anteriores. Por ejemplo, si además del caso que impone el deber de advertir sobre una pendiente inestable, hay otro caso anterior que impone el deber de poner una valla alrededor de un foso oculto, el abogado que cita ambos casos puede sintetizar una norma más amplia que impone el deber de advertir sobre una pendiente inestable. ejercer un cuidado razonable, argumentando que la advertencia y la valla constituyeron el ejercicio de un cuidado razonable bajo las circunstancias de los casos anteriores, pero que la advertencia publicada no fue un ejercicio de cuidado razonable bajo las circunstancias de la situación del cliente.

Puede ser necesario que el abogado encuentre o sintetice reglas que sean aplicables sólo en un nivel muy alto de generalidad. Si no se pueden encontrar casos que involucren peligros en la tierra, el abogado puede buscar casos que involucren productos de consumo defectuosos en los que exista un dictamen que establezca, o de los cuales el abogado pueda sintetizar una regla que establezca que uno tiene el deber de advertir a quienes puedan ser previsiblemente perjudicado por un peligro del que uno es consciente. Aunque los casos anteriores se referían a productos de consumo defectuosos, cuando la norma aplicable se establece con suficiente generalidad, parece aplicarse directamente al terreno peligroso.

Al mismo tiempo, el abogado debe evitar extralimitarse, teniendo cuidado de no establecer la regla en un nivel tan alto de generalidad que parezca aplicarse a casos en los que produciría un resultado claramente indeseable. Por ejemplo, la regla de los casos de productos de consumo mencionada anteriormente es probablemente demasiado amplia. Leído literalmente, sugiere que un propietario de un terreno tendría el deber de advertir a otros sobre los peligros en la tierra de otra persona, simplemente por estar consciente de ellos, o que un fabricante tendría el deber de advertir a otros sobre los defectos en los productos de otra empresa.

Al describir una regla o un argumento que va demasiado lejos, los abogados a veces dicen que “demuestra demasiado”. Es decir, aunque la regla o argumento produce resultados deseables en algunos casos, produce resultados indeseables en otros. Por lo tanto, una regla que demuestra demasiado es a menudo rechazada por un tribunal en favor de una regla más estricta.

Además de enunciar la regla de manera amplia, una segunda técnica para argumentar que una regla de jurisprudencia se aplica a una situación es mantener al mínimo el número de elementos de la regla. Cuanto más numerosos sean los elementos de la norma, mayor será la probabilidad de que se determine que uno de ellos no se aplica a la situación del cliente. Al citar la regla o la conclusión de un caso anterior, el abogado intenta eliminar del

predicado fáctico cualquier hecho que no fuera necesario para la decisión. Como se acaba de explicar, cualquier dato que incluya el abogado *probablemente* se expresará en términos generales. Los hechos del caso anterior que no tengan contrapartida en el presente caso se caracterizarán, si es posible, de dos maneras. Pueden caracterizarse como motivos suficientes, pero no necesarios, para aplicar la norma, lo que significa que su ausencia no excluye necesariamente la aplicación de la norma. Alternativamente, si los hechos se consideraran necesarios, podrían caracterizarse como representativos de casos especiales de hechos necesarios más generales. Luego, el abogado argumenta que otros hechos en el presente caso también pueden considerarse casos especiales de los hechos más generales necesarios en la regla. En otras palabras, el abogado sustituye hechos diferentes en el presente caso por hechos ausentes del caso anterior, argumentando que los hechos sustituidos y los ausentes son equivalentes.

Una tercera técnica para argumentar que una regla se aplica a un caso es demostrar que las políticas subyacentes a la regla se promoverían si se aplicara la regla al caso actual. El abogado puede argumentar, por ejemplo, que la política que requería imponer al propietario el deber de advertir sobre un pozo oculto también requiere la imposición del deber de advertir sobre una pendiente inestable. Por lo tanto, aunque es cierto que una pendiente no es un pozo, la diferencia entre ambas es irrelevante para el logro de las políticas subyacentes.

Esta técnica puede requerir que el abogado manipule el nivel de generalidad en el que se establecen las políticas subyacentes a la regla. Supongamos que la norma que impone el deber de advertir sobre pozos surgiera en casos relacionados con canteras de roca y que los tribunales hubieran declarado que la política subyacente a la norma era garantizar que quienes se benefician de la actividad económica en sus tierras compensen a los perjudicados por esa actividad. Expresada en este nivel de generalidad, la política parecería inaplicable a un caso posterior que involucrara un hoyo cavado para una piscina residencial. Sin embargo, si la política se reformula de manera más general, como una que exige que quienes poseen tierras compensen a los perjudicados por la actividad en la tierra, entonces la política parece aplicarse al caso de las piscinas. En otras palabras, si la política se expresa con un nivel suficiente de generalidad, la distinción entre actividad económica y no económica desaparece. El abogado, sin embargo, debe estar preparado para defender la reformulación de la política a un nivel más general, tal vez haciendo referencia a una política aún más general. Por ejemplo, como se analiza en el capítulo 6, una política muy general es el utilitarismo, según el cual la ley debería promover el mayor bien para el mayor número de personas. El abogado puede argumentar que debido a que una política no económica improductiva es menos beneficiosa para la sociedad que la actividad económica productiva, una política que permite sobrecargar la actividad económica seguramente debe permitir sobrecargar la actividad no económica.

2. OPOSICIÓN A LA APLICACIÓN DE LA NORMA

El abogado que se opone a la aplicación de la norma emplea técnicas que son el reflejo de las empleadas por el abogado que apoya la aplicación de la norma. En primer lugar, el abogado que se opone a la aplicación de una norma de jurisprudencia intenta formular la norma lo más estrictamente posible y puede intentar establecer tanto el predicado fáctico como la consecuencia jurídica en términos estrictos.

Así, el abogado que se opone a la aplicación de una norma que impone responsabilidad a los propietarios de tierras cita la versión más limitada posible de la propiedad, señalando, por ejemplo, que los casos anteriores se referían a pozos, no a peligros. El esfuerzo, obviamente, es establecer el predicado fáctico de la regla en términos tan específicos que claramente no puede incluir los hechos del presente caso. El abogado puede señalar también que el deber impuesto en los casos anteriores era advertir a los invitados al terreno con fines comerciales. No era un deber advertir a las personas en general, ni tampoco eliminar el peligro. Aquí lo que se intenta es limitar las consecuencias jurídicas.

Como complemento a este argumento, el abogado que se opone a la aplicación de la regla puede señalar que el adversario está citando una simple sentencia y que ningún caso ha adoptado jamás una regla tan amplia como la propuesta por el adversario. Puede sugerir que el adversario, en lugar de aplicar la ley existente, está tratando de persuadir al tribunal para que establezca una nueva ley. Además, como la sentencia llevaría a un resultado indeseable en este caso, no debería seguirse. En otras palabras, la máxima demuestra demasiado.

En segundo lugar, el abogado intenta incluir tantos elementos como sea posible en el predicado fáctico. Al establecer reglas, los tribunales a menudo se centran en aquellos elementos que son dudosos en la disputa que tienen ante ellos, tal vez omitiendo elementos que claramente se han cumplido. El abogado que se opone a la aplicación de la regla puede buscar varias formulaciones diferentes de la regla y combinar elementos de cada formulación para producir una regla que contenga todos los elementos incluidos en cualquier formulación anterior. El objetivo, por supuesto, es incluir un elemento que no se cumple en el presente caso.

En tercer lugar, el abogado puede sostener que los juicios políticos subyacentes a la regla no se aplican al caso actual. En realidad, este argumento puede seguir cualquiera de dos enfoques diferentes.

Un enfoque es argumentar que las políticas que subyacen a la regla no se verían favorecidas por el resultado buscado por el adversario. Por ejemplo, supongamos que el adversario está argumentando que una norma que impone responsabilidad a un propietario de un terreno por no haber dado una advertencia adecuada sobre un peligro debería imponer responsabilidad a un propietario que hizo un solo anuncio en una fiesta, porque el único anuncio no fue un aviso adecuado. Advertencia para una multitud bulliciosa y ebria. El abogado del propietario puede responder que la política de promoción de la seguridad, en la que se basaba el deber de advertir en casos anteriores, no se vería favorecida exigiendo advertencias repetidas porque tal exigencia podría tener como resultado una compensación a aquellos que no cuidaron de sus derechos. Seguridad propia. Más bien, una norma que no impusiera responsabilidad al propietario de la tierra sería lo

mejor para promover la política de promoción de la seguridad, porque negarse a compensar a los perjudicados alentaría a la gente a tener cuidado.

Tenga en cuenta que para formular el argumento puede resultar útil manipular el nivel de generalidad en el que se expresan las políticas subyacentes. Es posible que los casos anteriores hayan indicado que el deber de advertir se basaba en una política de exigir a los propietarios que mantuvieran las instalaciones seguras. En ese nivel de generalidad, la política parecería requerir la aplicación de la regla. Al afirmar que la política es más general como promotora de la seguridad, el abogado hace que la política sea menos determinada. La seguridad se puede promover exigiendo a los invitados *o* al anfitrión, o a ambos, que ejerzan un cuidado razonable.

El otro enfoque es argumentar que esta situación afecta políticas no contempladas por la legislatura o el tribunal que formuló la norma. Debido a que toda regla es un compromiso entre políticas en conflicto, el abogado prácticamente siempre es capaz de encontrar una política que se vería obstaculizada por la aplicación de la regla.

Por ejemplo, supongamos que el adversario argumenta que la norma que impone responsabilidad por lesiones causadas por una pendiente inestable debería aplicarse a un sitio de construcción. De manera más general, el adversario argumenta que la norma impone responsabilidad por condiciones peligrosas, incluidas las obras de construcción, en cumplimiento de la política de equidad para con el individuo lesionado. Como se analiza en el capítulo 6, la política de protección de los derechos individuales está en tensión con las teorías utilitarias de la justicia que promueven la mayor felicidad para el mayor número de personas. Por lo tanto, el utilitarismo proporciona un argumento potencial contra la aplicación de la regla, particularmente si la nueva situación parece entrar en conflicto con los valores utilitaristas en formas que no lo hicieron en los casos anteriores. El abogado puede argumentar, por ejemplo, que imponer responsabilidad a un propietario de un terreno por daños causados en un sitio de construcción penaliza una actividad económica beneficiosa que no fue penalizada por la norma que impone responsabilidad por daños causados por peligros naturales. Por lo tanto, la regla no debería aplicarse al sitio de construcción.

Cuarto, el abogado puede argumentar que aplicar la regla a este caso requeriría que se aplicara a otros casos en los que produciría resultados indeseables. A veces se hace referencia a este argumento como un “desfile de horrores” o un argumento de “pendiente resbaladiza”. El abogado demuestra que cualquier definición de los elementos de la norma lo suficientemente amplia como para abarcar este caso también abarcaría otros casos hipotéticos en los que la aplicación de la norma sería indeseable. La aplicación de la regla a este caso llevaría al tribunal por una pendiente resbaladiza hacia un resultado indeseable; produciría un desfile de resultados horribles.

Este último argumento se diferencia de los demás en que no requiere demostrar que la aplicación de la norma conduciría a un mal resultado en este caso. Sólo requiere persuadir a un tribunal de que la aplicación de la regla a este caso implicaría la aplicación de la regla a otros casos en los que produciría un resultado indeseable. Al formular este argumento, el

abogado intenta exponer los elementos del predicado fáctico con el mayor nivel de generalidad posible para incluir en la regla tantos casos indeseables como sea posible.

Por ejemplo, el abogado que argumenta que arrancarle un sombrero a alguien no debe considerarse un toque ofensivo podría afirmar que definir el contacto con una prenda de vestir como un toque ofensivo significaría que alguien que cepilla el abrigo de otra persona en un autobús lleno de gente, por ejemplo , o pisar el zapato de otra persona podría ser responsable de una batería. Por lo tanto, el concepto de tocamiento ofensivo debería definirse de manera lo suficientemente estricta como para excluir este caso, así como aquellos casos en los que la constatación de la existencia de un tocamiento ofensivo conduciría a resultados claramente indeseables. Por lo tanto, el concepto no debe ampliarse al contacto con prendas de vestir.

Sin embargo, una vez más, al formular este argumento el abogado debe tener cuidado de no extralimitarse, de intentar demostrar demasiado. Si la caracterización que hace el abogado de este caso y de los casos indeseables es demasiado amplia, el adversario puede sugerir una caracterización más estrecha que excluiría los casos indeseables pero que sería colindante con los casos a los cuales las políticas subyacentes sugieren que debería aplicarse la regla.

H. Abordar la indeterminación mediante analogías

Otro enfoque para abordar el problema de la indeterminación es examinar la jurisprudencia en busca de analogías con la situación actual. Recordemos que la síntesis del abogado puede incluir determinaciones específicas que apliquen una regla general. Los casos de los que se derivan estas solicitudes proporcionan una base para el razonamiento por analogía.

Supongamos que el abogado está intentando determinar si una caja de pizza en poder de alguien está estrechamente identificada con el cuerpo y que la síntesis del abogado contiene una afirmación de que una bandeja llevada en la mano está estrechamente identificada con el cuerpo. Tenga en cuenta que el caso de la bandeja no define un contacto, sino que simplemente lo ilustra. Si una caja de pizza fuera una bandeja, se podría realizar otro silogismo: golpear una bandeja sostenida en la mano de otro es un toque, una caja de pizza es un tipo de bandeja y, por tanto, el cliente cometió un toque.

Incluso si una caja de pizza no es una bandeja, el abogado puede utilizar el caso de la bandeja a modo de analogía para llegar a una conclusión sobre cómo caracterizar o categorizar la caja de pizza. Específicamente, el abogado puede decidir que debido a que una caja de pizza es similar o análoga a una bandeja en aspectos relevantes, una caja de pizza también debe considerarse estrechamente identificada con el cuerpo.

El uso de la analogía se analiza con mayor detalle en la siguiente sección. Por ahora, basta con ver que el razonamiento por analogía puede utilizarse para complementar el razonamiento en forma deductiva. Más específicamente, el abogado puede utilizar analogías para ayudar en sus intentos de decidir cómo deben caracterizarse los hechos a los efectos del razonamiento en forma deductiva.

II. ANALOGÍA

A. El modelo básico

La segunda forma de razonamiento mediante la cual los abogados aplican reglas a los hechos es el razonamiento por analogía. Una analogía es una forma de lógica mediante la cual se razona que, dado que dos elementos son similares en al menos un aspecto, también lo son en al menos otro aspecto.

Por ejemplo, si a uno le hubieran dicho que el tren de las 9:03 am con destino a Londres había salido de la estación de Cambridge a tiempo, razonando por analogía se podría concluir que el tren de las 11:15 am con destino a Londres también saldría de Cambridge a tiempo. Es decir, como los dos fenómenos eran similares en el sentido de que eran trenes matutinos británicos que se dirigían a Londres desde Cambridge, el observador razonó por analogía que también se parecerían en su puntualidad.

El razonamiento jurídico por analogía opera de la misma manera, excepto que los objetos que se comparan son decisiones judiciales. En el ejemplo anterior, el propósito de la analogía es determinar si el segundo tren sería puntual. En el análisis jurídico, el propósito de la analogía es determinar si, en el segundo caso, una persona tiene algún derecho o deber legal que existía en el primer caso.

Bajo el razonamiento por analogía, el abogado identifica al menos un caso anterior (es decir, un precedente) que parece tener hechos en común con la situación del cliente. El abogado analiza el caso para identificar la consecuencia jurídica de esos hechos.

Si el abogado cree que los hechos de la situación del cliente son análogos a los del precedente (es decir, si el abogado cree que los hechos del caso del cliente son similares a los del precedente), entonces el abogado concluye que se debe seguir el precedente . . En otras palabras, la situación del cliente debería producir las mismas consecuencias jurídicas que los hechos del precedente.

Si el abogado cree que los hechos de la situación del cliente son diferentes a los del precedente, entonces la conclusión es que el precedente debe *distinguirse* ; es decir, el precedente debe tratarse como si no fuera un caso similar y, por tanto, no es necesario seguirlo.

La analogía, como la deducción, implica tres pasos. Primero, el abogado identifica una regla o decisión anunciada en un caso anterior. La regla o tenencia cumple la misma función que la premisa mayor en un silogismo: es el enunciado de ley que potencialmente debe seguirse. En segundo lugar, el abogado determina si los hechos de la situación del cliente son similares a los del caso anterior. Caracterizar los hechos como similares o diferentes a los del precedente es similar a la caracterización de los hechos en la premisa menor de un silogismo. Finalmente, la caracterización de los hechos como similares o diferentes a los del precedente conduce a la conclusión de que la situación del cliente debe o no tener las mismas consecuencias jurídicas que los hechos del precedente.

Sin embargo, la analogía se diferencia de la deducción en que un abogado que razona por analogía utiliza un caso específico para decidir otro caso específico. Por el contrario, un

abogado que utiliza el razonamiento jurídico en forma deductiva está utilizando una regla general para decidir un caso específico.

B. El problema de la indeterminación

El problema para el abogado que utiliza el razonamiento jurídico por analogía es determinar si el precedente y la situación del cliente son similares. Si son idénticos, el abogado puede referirse al precedente como similar a la situación del cliente y concluir que los dos casos tienen la misma consecuencia jurídica.

Sin embargo, no hay dos casos que sean idénticos en todos los aspectos. Al menos, la fecha de los hechos o los nombres de las partes son diferentes. Por lo tanto, en teoría cada caso es distinguible de cualquier otro y nunca es necesario seguir ningún precedente.

Permitir que cada diferencia sea una base para distinguir casos anteriores haría que la analogía fuera inútil. En consecuencia, para que la doctrina del stare decisis se aplique a un caso posterior, no es necesario que los hechos del último caso sean idénticos a los del precedente en todos los aspectos, sino sólo que sean idénticos en los aspectos relevantes. Así, el abogado debe determinar cuáles fueron los hechos dispositivos del caso anterior. Para que los casos sean similares, el segundo caso debe involucrar hechos similares o similares a los hechos dispositivos del precedente.

Los hechos dispositivos son aquellos en los que se basó el tribunal para decidir el caso anterior. El tribunal en el caso anterior pudo haber especificado cuáles eran los hechos que dieron origen al derecho o al deber que consideró existente. Alternativamente, pudo haber dejado a los futuros abogados la tarea de inferir qué hechos eran determinantes. [8] De la misma manera que un abogado puede posteriormente atribuir a un tribunal consideraciones de política que de hecho no formaban parte explícita del razonamiento del tribunal, un abogado también puede atribuir relevancia jurídica a hechos que el tribunal en realidad puede no haber considerado decisivos. En otras palabras, en un sentido práctico, una decisión judicial significa cualquier cosa que un abogado pueda convencer a otro tribunal de que significa.

Una vez identificados los hechos dispositivos del precedente, el abogado debe decidir si los hechos del caso posterior son similares a los hechos dispositivos del precedente. La determinación, sin embargo, no es mecánica. A menudo, el abogado puede manipular el grado en que dos casos parecen similares cambiando el nivel de generalidad en el que se describen los hechos relevantes.

Por ejemplo, supongamos que el cliente del abogado desea saber si tiene el deber de advertir a los huéspedes sobre un pozo oculto de dos pies en su terreno. La investigación legal identifica un caso que sostiene que un propietario tiene el deber de advertir a los huéspedes sobre un pozo oculto de tres metros. Si los dos casos se describen simplemente como casos que implican pozos, son parecidos. Si los dos casos se describen más específicamente como si involucraran un pozo de dos pies y un pozo de diez pies, son distinguibles. Al exponer los hechos relevantes en un nivel muy bajo de generalidad (es decir, en un alto nivel de especificidad), el abogado crea diferencias entre los casos. Siempre se pueden distinguir dos casos exponiendo los hechos con suficiente especificidad.

Al mismo tiempo, a menudo se puede hacer que los casos parezcan más parecidos exponiendo los hechos con mayor generalidad. Supongamos, por ejemplo, que el abogado no encuentra precedentes relacionados con pozos, pero sí encuentra uno que sostiene que el propietario del terreno tiene el deber de advertir sobre una pendiente inestable. Una pendiente, por supuesto, no es lo mismo que un foso. Sin embargo, el abogado puede eliminar la diferencia replanteando los hechos relevantes del precedente pendiente en términos más generales. El precedente se puede caracterizar por sostener, por ejemplo, que el propietario del terreno tiene el deber de advertir sobre los peligros, término que incluiría un pozo. Al reformular los hechos específicos del precedente en términos lo suficientemente amplios como para abarcar los hechos del caso posterior, el abogado puede caracterizar los dos casos como similares.

Tenga en cuenta que el razonamiento jurídico en forma analógica presenta el mismo problema que el razonamiento jurídico en forma deductiva. El problema con el razonamiento deductivo es que debido a la generalidad de la regla, a menudo es posible caracterizar los hechos de más de una manera y, por lo tanto, el abogado debe de alguna manera elegir entre más de una premisa menor, permitiendo así concluir que la regla se aplica o no. De manera similar, el problema con el razonamiento analógico es que al manipular la generalidad con la que se describen los hechos, el abogado puede caracterizar los hechos de más de una manera y así concluir que los dos casos son o no similares. Esto permite al abogado elegir entre distinguir o seguir el precedente.

C. Abordar la indeterminación mediante juicios políticos

El problema de la indeterminación en el razonamiento analógico se aborda de manera muy similar a como se hace en el razonamiento deductivo: recurriendo a las políticas subyacentes. El abogado debe determinar qué caracterización de los hechos promovería las políticas que subyacen al precedente. Como en el caso del razonamiento jurídico en forma deductiva, las determinaciones de políticas asociadas con el razonamiento en forma analógica requieren juicios sobre la importancia relativa de las políticas, así como sobre la relación entre fines y medios.

En términos generales, el abogado debe decidir, basándose en estas sentencias, si caracterizar los hechos del presente caso como similares a los del caso anterior produciría más beneficios políticos que caracterizarlos como diferentes a los del caso anterior. De ser así, se seguirá el caso anterior. En caso contrario, se distinguirá el caso anterior.

Por ejemplo, un caso anterior puede haber sostenido que un propietario tiene el deber de advertir a los huéspedes sobre un pozo oculto en el terreno. La propiedad representó un compromiso entre políticas contrapuestas para prevenir lesiones y permitir a los propietarios usar sus tierras como deseen.

La celebración debe describirse como un compromiso porque cualquiera de las dos políticas, tomada por sí sola, habría conducido a un resultado diferente. Por un lado, si la prevención de lesiones fuera la única política relevante, el tribunal probablemente habría exigido al propietario que eliminara el peligro, ya que esa es la forma más segura de prevenir lesiones. Por otro lado, si permitir a los propietarios utilizar sus tierras como quisieran fuera la única política relevante, el tribunal probablemente no habría impuesto ningún deber al propietario.

La afirmación de que el propietario tiene derecho a mantener un pozo oculto en el terreno, sujeto al deber de advertir a los huéspedes, representó esencialmente el compromiso entre estas dos políticas que el tribunal consideró que produciría el mayor beneficio político. La colocación de un letrero promovería en gran medida la política de promoción de la seguridad, al tiempo que restringiría sólo ligeramente el uso de la tierra por parte del propietario. El resultado alternativo (no requerir una advertencia) permitiría una amenaza potencialmente grave a la seguridad, al tiempo que proporcionaría sólo beneficios mínimos para la política de control de los propietarios de tierras. En consecuencia, el tribunal impuso el deber de advertir.

Supongamos ahora que el abogado debe decidir, en un nuevo caso que involucra a un propietario con una pendiente inestable en el terreno, si el caso del pozo oculto debe seguirse o distinguirse. El abogado puede hacerlo aplicando la sentencia política anterior a los hechos del presente caso.

Al aplicar ese mismo juicio al caso de la pendiente, el abogado señalaría que la carga de advertir a un huésped es la misma, ya sea que el peligro sea un pozo o una pendiente. Si la pendiente es tan peligrosa como el tajo, o más peligrosa, entonces la sentencia política que subyace al caso del tajo requeriría el deber de advertir también en el caso del talud.

Sin embargo, aplicar la sentencia anterior a los hechos del presente caso no es un proceso mecánico. En el ejemplo, el abogado debe evaluar los peligros relativos de una pendiente y un pozo oculto. Se trata esencialmente de un juicio sobre la relación entre fines y medios. El abogado está juzgando si la pendiente impide la seguridad menos, tanto o más que el foso. Aunque puede haber evidencia empírica, normalmente el juicio se basa en gran medida en la intuición y la experiencia, cuestiones sobre las cuales las personas razonables pueden diferir.

La indeterminación de la aplicación de los juicios políticos anteriores es aún más evidente en la situación en la que el abogado concluye que una pendiente es menos peligrosa que un pozo oculto. El caso anterior decidió que el peligro de un pozo oculto superaba la carga de una advertencia. Si una pendiente es menos peligrosa, ¿cómo sabe el abogado si el peligro sigue siendo mayor que la carga? El abogado nuevamente tiene que emitir juicios sobre el peso relativo de las políticas y el grado en que un resultado particular promovería o impediría las diversas políticas. Estos juicios deben combinarse para determinar si el mayor beneficio político resulta de tratar el caso de la pendiente como el caso del tajo o de tratarlo de manera diferente.

Como se señaló en la sección sobre deducción, los abogados a menudo conciben la formulación de juicios políticos como un proceso de trazado de líneas o equilibrio. El abogado debe trazar una línea que separe aquellas situaciones en las que el peligro justifica la exigencia de una advertencia de aquellas en las que no. O, para usar el lenguaje del equilibrio, el abogado debe equilibrar el peligro con la carga de una advertencia en cada situación particular.

La lógica por sí sola no puede dictar cómo se deben equilibrar las políticas o dónde se debe trazar el límite. La decisión requiere juicios sobre la importancia relativa de las políticas en competencia y sobre la medida en que un resultado particular promoverá o impedirá cada política.

Como se señaló en la sección sobre deducción, esto no significa que los resultados sean totalmente indeterminados. Los juicios se emiten en un contexto particular que incluye factores como un entorno histórico, la identidad de la persona que emite los juicios, los hechos a los que se aplicarán los juicios y decisiones judiciales anteriores. Como se analizó en el capítulo 6, el contexto limita, aunque no determine por completo, la naturaleza de los juicios que pueden formularse de manera plausible.

D. El problema especial del dictamen

El razonamiento en forma analógica es similar al razonamiento en forma deductiva en el sentido de que debe tener en cuenta el problema del dictamen. En el último caso, el tribunal a menudo seguirá el dictamen y puede hacerlo sin siquiera reconocer que la declaración es un dictamen.

Sin embargo, el dictamen no es vinculante y los tribunales pueden ignorarlo en casos posteriores sin apartarse del principio de stare decisis. Un abogado suele persuadir a un tribunal para que no siga el dictamen argumentando que el caso en el que aparece el dictamen es distinguible. El argumento es más fuerte si el abogado puede demostrar que los juicios políticos subyacentes al dictamen no se aplican de la misma manera al caso actual. Anteriormente se han dado ejemplos de esta técnica.[9]

El concepto de dictamen aporta así indeterminación al proceso de analogía, del mismo modo que aporta indeterminación al proceso de deducción. Al aplicar las reglas establecidas en un precedente, el abogado debe estar alerta al hecho de que algunas de las reglas son dictadas y pueden ser ignoradas si hay una prueba mucho más débil de la que sería necesaria para persuadir al tribunal a anular el precedente por completo.

E. Utilizar la analogía como defensora

La indeterminación de la analogía a menudo frustra los intentos del abogado de predecir el resultado en un caso determinado. El abogado, sin embargo, sabe que esta misma indeterminación ofrece la oportunidad de formular argumentos en apoyo del resultado deseado.

Debido a que la indeterminación tiene sus raíces en la generalidad del lenguaje y en la existencia de políticas opuestas, el abogado como defensor explota ambas características para respaldar los argumentos. De hecho, estas características dan lugar a un conjunto de argumentos estándar para seguir y distinguir un caso anterior. En esta subsección se describen algunos de esos argumentos.

1. ARGUMENTOS PARA SEGUIR EL PRECEDENTE

Como cuestión inicial, el abogado que sostiene que un caso anterior debería seguirse en un caso posterior enfatiza las numerosas similitudes fácticas entre los dos casos. En rigor, los únicos hechos relevantes son aquellos que se asemejan a los hechos dispositivos del precedente. Sin embargo, el defensor que sostiene que se debe seguir un caso anterior rara vez limita el argumento a esos hechos. Más bien, el defensor incluye en la enumeración de similitudes prácticamente cualquier hecho que no sea una coincidencia trivial. El abogado también citará cualquier hecho que sugiera que seguir el precedente promoverá las políticas subyacentes al precedente, incluso si ese hecho no tiene un análogo directo en el precedente.

En segundo lugar, el defensor sostiene que las inevitables diferencias son irrelevantes, siendo el argumento básico que ninguno de los hechos que hacen que los casos sean diferentes es relevante para promover o impedir cualquiera de las políticas subyacentes. Obviamente, por ejemplo, el hecho de que los nombres de los partidos difieran casi siempre es irrelevante para cualquier política legítima.

Este argumento puede ser difícil de formular cuando el tribunal en el caso anterior ha declarado explícitamente que un hecho particular, no presente en el caso actual, es dispositivo. El mejor argumento para seguir el caso en esa situación es sostener que, a la luz de las políticas subyacentes al caso anterior, éste se habría decidido de la misma manera incluso sin el llamado hecho dispositivo. El abogado sostiene, en efecto, que el hecho no era verdaderamente necesario para el resultado. Dado que en realidad no era necesario para el resultado, cualquier discusión sobre ese hecho debería considerarse dictamen y no es necesario seguirlo. Puede ser difícil prevalecer en este argumento porque requiere que el tribunal ignore cómo otro tribunal caracterizó su propia decisión.

Una tercera técnica para argumentar que se debe seguir un precedente es establecer el predicado fáctico del precedente en un nivel más alto de generalidad. Por ejemplo, si el caso anterior sostuvo que la presencia de un pozo oculto en el terreno genera el deber del propietario de advertir a un huésped, pero el caso actual involucra a un huésped que se

cayó por una pendiente, el abogado de el huésped lesionado puede caracterizar el caso anterior como un "peligro" en lugar de un pozo oculto. A medida que el lenguaje se vuelva más general, tenderá a abarcar los hechos de la situación actual y, por lo tanto, sugerirá que los dos casos son similares.

El abogado también puede manipular el nivel de generalidad de la consecuencia jurídica. Por ejemplo, supongamos que un caso anterior sostuvo que las parejas casadas tienen un derecho constitucionalmente protegido a usar anticonceptivos y, por lo tanto, una prohibición legal de los anticonceptivos era inconstitucional. Un abogado que quisiera utilizar ese caso para invalidar una prohibición legal de la sodomía entre personas casadas caracterizaría el caso anterior como que sostiene que las parejas casadas tienen derecho a elegir con respecto a sus relaciones sexuales. Al reformular la consecuencia jurídica del caso anterior en términos suficientemente amplios, el abogado transforma el caso en uno que parece implicar el mismo derecho que el caso actual.

Al reformular el predicado fáctico o la consecuencia jurídica del caso anterior en términos más generales, el abogado debe evitar extralimitarse. Cuanto más general sea la declaración del abogado, más probable será que incluya situaciones fácticas en las que la regla, tal como la reformuló el abogado, conduciría a resultados que son indeseables como cuestión de política.

Por ejemplo, si el abogado reafirma el caso de los anticonceptivos como si creara un derecho de elección en las relaciones sexuales para todas las personas, el derecho parecería aplicarse a los menores solteros. Podría decirse que sugiere, por ejemplo, que las leyes sobre estupro serían inconstitucionales. Es muy probable que un tribunal no esté dispuesto a caracterizar el caso de anticonceptivos como si creara un derecho de elección tan amplio. En esa situación, el tribunal rechazaría la caracterización demasiado amplia que hace el abogado de las consecuencias jurídicas de los casos anteriores.

Una cuarta técnica es caracterizar el caso anterior no en términos de sus hechos, sino en términos de los juicios políticos subyacentes, que el abogado sostiene que deben seguirse. Por ejemplo, el abogado que intenta imponer a un propietario de un terreno el deber de advertir a los clientes que ingresan al terreno sobre peligros ocultos en el mismo puede basarse en casos que sostienen que un fabricante tiene el deber de advertir a los consumidores sobre los defectos del producto. El abogado entonces argumentaría que los casos anteriores adoptaron una política de proteger a los incautos contra daños físicos y que esa política debería prevalecer también en el caso actual.

Esta técnica puede requerir manipular el nivel de generalidad en el que se expresa la política subyacente al precedente. Los casos de defectos de productos, por ejemplo, pueden haber descrito la política subyacente como una protección del flujo comercial contra productos inseguros. Al reformular la política de manera más general como protección de los incautos, el abogado hace que la política parezca aplicable al caso posterior. Es decir, se crea la impresión de que el resultado que el abogado busca en el último caso promovería las políticas articuladas en el caso anterior.

2. ARGUMENTOS PARA DISTINGUIR EL ANTECEDENTE

Los argumentos para distinguir un caso anterior reflejan los que se utilizan para seguirlo. Primero, el abogado enfatiza todas las diferencias posibles entre los dos casos, particularmente los hechos que el tribunal en el caso anterior consideró decisivos. Aunque los hechos fueran sólo suficientes para la celebración y no necesarios, el abogado señala que los hechos dispositivos no están presentes en este caso. Si el último caso difiere con respecto a algún hecho dispositivo, entonces es probable que el tribunal distinga los dos casos. Suponiendo que los casos no difieren respecto de ningún hecho explícitamente considerado dispositivo en el caso anterior, el abogado que intenta distinguir el precedente puede, no obstante, señalar diferencias en otros hechos en un esfuerzo por hacer que los casos parezcan lo más diferentes posible.

En segundo lugar, el abogado intenta descartar las similitudes entre los casos como irrelevantes. Si es posible, el abogado argumenta que hechos particulares en el precedente que son similares a los del caso posterior no fueron declarados explícitamente como dispositivos y, por lo tanto, son coincidencias irrelevantes. Si los hechos se consideraran determinantes, el abogado puede intentar argumentar que los hechos no eran relevantes para lograr las políticas subyacentes, aunque obviamente este puede ser un argumento difícil de formular, dado que el tribunal que decidió el precedente consideró que esos hechos eran determinantes. ser al menos suficiente, si no necesario, para su decisión.

En tercer lugar, el abogado que intenta distinguir los casos caracteriza el precedente en los términos más estrictos posibles. El abogado expone los hechos y las consecuencias jurídicas con gran especificidad, señalando que cualquier lectura más amplia constituiría un dictamen, que el tribunal no necesita seguir. Al exponer los hechos en niveles muy específicos, el abogado produce nuevas diferencias. Por lo tanto, un pozo no es simplemente un pozo, sino un pozo oculto de seis metros de altura que pone en peligro la vida.

Cuarto, el abogado puede sostener que las sentencias políticas subyacentes al caso anterior no se aplican al caso actual. Este argumento puede seguir cualquiera de varios enfoques diferentes.

Un enfoque es argumentar que las políticas que prevalecieron en el caso anterior requieren en este caso un resultado diferente al alcanzado en el caso anterior. Por ejemplo, supongamos que el caso anterior sostuvo que el gobierno tiene el poder de prohibir el uso de lenguaje ofensivo en una transmisión de televisión porque el peligro de que un niño pueda sufrir daño al escuchar el lenguaje pesa más que el derecho del locutor a usarlo. En un caso posterior, una estación de televisión transmite un documental que retrata de manera realista las vidas de jóvenes consumidores de drogas en un esfuerzo por persuadirlos de que el consumo de drogas podría arruinarles la vida. Para hacer el documental más realista y, por lo tanto, más creíble, la estación transmite películas de consumidores de drogas entablando conversaciones con la policía, sus familias y entre sí; conversaciones que implican el uso del mismo lenguaje ofensivo. El abogado podría argumentar que, en este caso, la política de protección de los niños se vería realmente

favorecida al permitir que se transmitiera el lenguaje ofensivo. [10] Por lo tanto, para promover la política que prevaleció en el caso anterior, el tribunal debería distinguir el caso anterior y anular, en lugar de mantener, la prohibición del lenguaje ofensivo.

Tenga en cuenta que este argumento requiere manipular el nivel de generalidad en el que se expresan las políticas. En el primer caso, la política consistía en proteger a los niños contra el daño moral causado por el lenguaje ofensivo. En el segundo caso, la política consistía en proteger a los niños contra los daños muy diferentes causados por las drogas ilegales. Al reformular la política del primer caso de manera más general como protección de los niños, el abogado crea la apariencia de que el resultado que se busca en el segundo caso promovería la política subyacente al primero.

Otro enfoque es argumentar que esta situación afecta políticas que no eran relevantes en el caso anterior. Debido a que cada decisión representa un compromiso entre políticas en conflicto, el abogado casi siempre puede encontrar una política opuesta que proporcione bases para distinguir el caso anterior.

A modo de ejemplo, supongamos que el adversario ha encontrado un precedente que sostiene que un contrato entre dos grandes empresas debe cumplirse incluso si una de ellas, al no investigar adecuadamente el valor de lo que estaba comprando, fue víctima de un intercambio desigual. El adversario ahora argumenta que este precedente requiere hacer cumplir un acuerdo unilateral firmado por un consumidor analfabeto. Como se analizará en el capítulo 6, el cumplimiento de los contratos acordados por las partes es consistente con una política de autonomía, que generalmente hace cumplir las decisiones tomadas por los individuos. Como también se analiza en el capítulo 6, la política de autonomía está en tensión con la política de paternalismo, que exige al tribunal que examine las opciones para asegurarse de que no fueron el resultado de una dominación privada. Así, la política de paternalismo puede proporcionar una base para un argumento contrario por parte del abogado. Por ejemplo, el abogado puede argumentar que el contrato fue en realidad forzado porque el consumidor no tenía los recursos mentales o financieros para tomar una decisión libre. El precedente no implicaba la política de paternalismo de la misma manera porque las dos empresas tenían aproximadamente el mismo poder. En consecuencia, procede distinguir el precedente.

Finalmente, el abogado puede argumentar que si el precedente se aplica a este caso, el stare decisis requeriría que también se aplicara a otros casos en los que produciría un resultado claramente indeseable. Esto, nuevamente, es el desfile de horrores o el argumento de la pendiente resbaladiza. El abogado demuestra que este caso es indistinguible de otros casos hipotéticos en los que la aplicación del precedente llevaría a resultados indeseables. Al igual que con el razonamiento jurídico en forma deductiva, este argumento no requiere una demostración de que seguir el precedente conduciría a un mal resultado en este caso, sólo que implicaría la aplicación del precedente a otros casos en los que produciría un resultado indeseable. .

Por ejemplo, supongamos que el adversario está argumentando que un caso que sostiene que un contrato firmado a punta de pistola es nulo debería aplicarse de modo que se anule un contrato unilateral firmado por un consumidor analfabeto para comprar un refrigerador

necesario para almacenar medicamentos perecederos. El adversario afirma que el consumidor es como el hombre amenazado de violencia porque ninguno de los dos tenía otra opción realista que firmar. En ambos casos, firmar el contrato era una cuestión de vida o muerte. El abogado que intenta distinguir el precedente debe decidir qué hechos caracterizar para distinguir este caso del precedente. El abogado puede argumentar, por ejemplo, que este caso involucra circunstancias coercitivas más que coerción por parte de la otra parte contratante y que tratarlas como equivalentes llevaría a resultados absurdos en otros casos. Por ejemplo, todos los contratos para la compra de alimentos serían posiblemente nulos porque el comprador no tiene otra opción realista que comprar los alimentos. Lo mismo se aplicaría al contrato para comprar un automóvil necesario para ir al mercado a comprar alimentos (y las medicinas y el refrigerador). En última instancia, sólo serían ejecutables los contratos para artículos de lujo. Así, concluiría el abogado, las circunstancias coercitivas no deben confundirse con la coerción de la otra parte contratante.

Sin embargo, una vez más, al formular este argumento el abogado debe tener cuidado de no extralimitarse, de intentar demostrar demasiado. Por ejemplo, al caracterizar el caso del refrigerador como si involucrara circunstancias coercitivas, podría decirse que el abogado se ha extralimitado. El adversario puede contraatacar con una caracterización más restringida del caso del refrigerador que excluiría los casos indeseables pero sería coincidente con los casos a los cuales las políticas subyacentes sugieren que debería aplicarse la regla. Por lo tanto, el adversario puede afirmar que el caso del refrigerador es como el caso de la pistola porque ambos involucraron amenazas graves e inminentes a la vida o la seguridad. Aunque los alimentos pueden ser una necesidad, cualquier compra específica de alimentos puede no ser una cuestión de supervivencia inmediata. Es muy probable que la compra de un automóvil sea incluso menos urgente. Por lo tanto, la probabilidad de que un consumidor no haya ejercido libremente su voluntad es mucho mayor en el caso de las armas o del refrigerador que en el caso de los alimentos o del automóvil. En otras palabras, el adversario demuestra que los juicios políticos subyacentes al precedente que involucra el arma también se aplican al caso del refrigerador, aunque no a los casos hipotéticos sugeridos por el abogado. De esta manera, el adversario puede persuadir al tribunal de que la aplicación del precedente al caso del refrigerador es consistente con las políticas subyacentes al precedente, pero no implicará aplicarlo a los casos de alimentos o automóviles.

III. COMPARANDO DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA

A pesar de las similitudes subyacentes, el razonamiento deductivo y el razonamiento analógico desempeñan funciones algo diferentes en el proceso de razonamiento jurídico. En deducción, se concluye que lo que es cierto para toda una clase de objetos es cierto para un solo objeto de esa clase. Por analogía, se comparan dos objetos y se concluye que, dado que son similares en al menos un aspecto, deben serlo en otro aspecto.

En otras palabras, el razonamiento jurídico en forma deductiva requiere una regla general aplicable a toda una clase de situaciones. Los estatutos, por supuesto, son reglas generales y, por lo tanto, la ley promulgada se aplica mediante un razonamiento en forma deductiva, a menudo complementado con analogías con casos particulares para determinar cómo caracterizar ciertos hechos.

Debido a que la analogía compara un objeto con otro, la analogía es generalmente la forma apropiada de razonamiento jurídico a través del cual decidir un caso con referencia a otro. Sin embargo, el problema de utilizar la analogía para comparar precedentes con una situación actual es que, debido al gran volumen de casos decididos previamente, hacer una analogía de una única situación fáctica con todos los casos anteriores que involucran hechos similares sería a menudo una imposibilidad práctica. Es mucho más fácil extraer de la jurisprudencia una regla general que rija toda una categoría de casos. Por esa razón, los tribunales comúnmente basan sus decisiones en reglas generales extraídas de casos y aplicadas de forma deductiva a los hechos.

Las reglas generales pueden haber sido expresadas en los casos como dictamen, o el abogado puede haber utilizado el proceso inductivo descrito en el capítulo 3 para sintetizar una regla general que parecía resumir las conclusiones de una categoría de casos. En cualquier caso, una vez derivada la regla, el abogado utiliza el razonamiento jurídico en forma deductiva para aplicarla a los hechos del caso.

Sin embargo, la analogía es un método de razonamiento jurídico utilizado con frecuencia. Un entorno típico en el que el abogado utiliza la analogía es como ayuda para completar un silogismo. Como se explicó anteriormente, el abogado a menudo utiliza la analogía para decidir cómo caracterizar los hechos, decidiendo así cuál de varias premisas menores adoptar para completar el silogismo.

La analogía también se utiliza en una situación nueva para la que tal vez no existan reglas generales. El abogado puede buscar casos que parezcan similares al menos en algunos aspectos y luego compararlos con la situación nueva.

IV. DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA EN UN SISTEMA DE JURADO

Aunque la jurisprudencia es teóricamente vinculante para casos posteriores, en un sistema de jurado un caso anterior a menudo tiene poco impacto en casos similares posteriores. Este fenómeno se produce porque la decisión de un jurado no vincula a otro jurado. En otras palabras, la decisión del jurado en el primer caso no crea una regla vinculante en el siguiente caso.

Supongamos que el jurado de un caso decide que un médico que no administró una prueba de diagnóstico en particular fue negligente. Sin embargo, un jurado en un caso posterior que involucrara hechos prácticamente idénticos sería libre de decidir que el médico en ese caso *no fue* negligente. El veredicto del primer jurado no vincula al segundo jurado, a pesar de la similitud de los hechos.

Sin embargo, un veredicto de un jurado puede "transformarse" en una decisión vinculante si la parte perdedora impugna el veredicto de alguna manera, como solicitando un nuevo juicio o un fallo como cuestión de derecho.[11] o mediante apelación. Como resultado de la impugnación, el tribunal de primera instancia o de apelación revisa el veredicto del jurado y emite una decisión, tal vez expresada en una opinión escrita. Suponiendo que la opinión sea publicada, su celebración se convierte en un precedente vinculante en futuros casos similares.

Por ejemplo, supongamos que la parte perdedora apela. Como se explica en el capítulo 1, el tribunal de apelaciones no decide los hechos de novo. Más bien, simplemente considera si el veredicto del jurado estuvo respaldado por pruebas sustanciales.

Esta investigación produce uno de dos resultados posibles. En primer lugar, el tribunal de apelaciones puede sostener que el veredicto del jurado está respaldado por pruebas sustanciales.

Sin embargo, considere cuidadosamente la naturaleza exacta de la explotación. El tribunal de apelaciones no sostuvo que un médico que no realiza la prueba es siempre negligente, sino sólo que el jurado tenía ante sí pruebas suficientes para concluir que el médico en ese caso fue negligente.

Esta conclusión es que ciertos hechos *pueden* constituir negligencia, no que necesariamente lo sean. La celebración, sin embargo, puede influir en la resolución de futuros casos similares. Por ejemplo, si el abogado de un médico en un caso posterior que involucra hechos similares solicita un juicio sumario basándose en que la falta de administración de la prueba no puede constituir negligencia, el abogado del paciente puede citar la decisión anterior que sostiene que la falta de administración de la prueba puede constituir negligencia y derrotando así la moción.[12] Sin embargo, cuando el último caso llegue a juicio, el jurado tendrá libertad para decidir que el médico del último caso no fue negligente. Por lo tanto, la decisión del tribunal de apelaciones esencialmente hace poco más que garantizar que los pacientes en casos similares posteriores tengan derecho a un juicio sobre la cuestión de si el médico fue negligente.

Por supuesto, el abogado del médico en los casos posteriores puede intentar anular incluso ese uso limitado del caso anterior. El abogado puede intentar distinguir el caso anterior o, en su defecto, argumentar que se decidió erróneamente.

El otro resultado posible en la apelación es que el tribunal de apelaciones podría sostener que la no administración de la prueba no puede considerarse negligencia. Esta celebración también puede influir en la resolución de futuros casos similares. Otro médico demandado por no administrar la prueba podría solicitar que se desestime el reclamo en su contra, argumentando que el caso anterior estableció como cuestión de derecho que la falta de administración de la prueba no *constituye* negligencia. El paciente puede intentar distinguir el caso anterior o convencer al tribunal de que se decidió erróneamente. Si el paciente falla en ese argumento, la postura anterior se volverá controladora.

Esto no quiere decir que un juicio con jurado nunca tenga impacto en casos futuros a menos que se cuestione el veredicto del jurado. En un juicio con jurado, el juez decide todas las cuestiones de derecho. Las decisiones del juez sobre estas cuestiones, junto con las decisiones del tribunal de apelaciones que revisa esas decisiones, si se publican, también constituyen precedentes vinculantes.

V. EPÍLOGO: CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

La descripción del proceso de razonamiento jurídico en los capítulos anteriores a menudo ha supuesto implícitamente que el derecho consuetudinario nunca cambia, excepto por un acto de la legislatura. Si la ley cambiara con frecuencia, entonces predecir los derechos y deberes de las partes sería imposible. Además, admitir que un tribunal es libre de cambiar la ley en cualquier momento deja sin sentido los principios del estado de derecho y del stare decisis.

Sin embargo, los tribunales tienen el poder de modificar el derecho consuetudinario con suficiente justificación. En esta sección final, se analizan brevemente las situaciones en las que se puede persuadir a un tribunal para que modifique las normas de jurisprudencia y las técnicas que el tribunal puede utilizar.

A. Flexibilidad sin cambiar la jurisprudencia

Como cuestión inicial, los tribunales tienen una capacidad considerable para alcanzar el resultado deseado sin cambiar la ley. Esta flexibilidad existe porque, como se analizó anteriormente, las normas del common law son a menudo indeterminadas. En primer lugar, los casos anteriores en los que se aplica el lenguaje son vinculantes sólo en la medida de sus propiedades limitadas y, por lo tanto, muy a menudo los casos anteriores no se aplican o no pueden distinguirse. En segundo lugar, incluso el lenguaje vinculante puede ser demasiado general para exigir un solo resultado. En tercer lugar, la aplicación de las políticas también puede respaldar cualquiera de varios resultados, dependiendo del juicio del tribunal sobre el peso relativo de las políticas y la relación entre las políticas y los medios utilizados para promoverlas.

Así, salvo en los casos fáciles, la ley existente no exige realmente un resultado único. Los tribunales suelen tener la capacidad de alcanzar el resultado buscado por cualquiera de las partes en una disputa. Mientras el resultado pueda conciliarse con el lenguaje de las reglas y se pueda distinguir de manera plausible cualquier precedente contrario, el tribunal no ha "cambiado" la ley. El tribunal simplemente ha creado ley donde no existía ninguna.

B. Justificaciones para cambiar la jurisprudencia

Sin embargo, a veces surge una situación en la que el resultado que el abogado desea alcanzar no puede conciliarse de manera plausible con el lenguaje de las normas existentes. Los derechos o deberes que el cliente quiere que existan en alguna situación sólo pueden surgir cambiando una o más normas de jurisprudencia existentes.

El principio de stare decisis crea una fuerte presunción contra la revocación de una decisión anterior, pero no prohíbe la práctica. Si el tribunal va a cambiar la ley, lo hará por razones de política.

Debido a que la regla original se basaba en juicios políticos, el abogado debe esencialmente persuadir a un tribunal de que los juicios anteriores ya no pueden considerarse correctos. Recordemos que aplicar políticas para decidir casos requiere dos tipos de juicios. El abogado puede argumentar que una o ambas sentencias fueron erróneas.

El primer tipo de juicio se refiere al peso relativo otorgado a diferentes políticas. El tribunal anterior logró un equilibrio entre dos políticas, basándose en la importancia percibida de cada una. El abogado ahora puede argumentar que la importancia relativa de las políticas ha cambiado. En consecuencia, es necesaria una nueva norma. O, para decirlo de otra manera, hay que lograr un nuevo equilibrio, trazar una nueva línea.

Por ejemplo, los tribunales del siglo XIX adoptaron una norma conocida como "regla del compañero de servicio", que sostenía que un empleado lesionado en el trabajo no podía demandar a su empleador por negligencia si la lesión fue causada por otro empleado. Básicamente, los tribunales concluyeron que la política de promover el desarrollo económico pesaba más que la política de compensar al trabajador lesionado. En el siglo XX, sin embargo, los tribunales comenzaron a abandonar la regla del compañero de servicio, permitiendo así a los empleados demandar a sus empleadores por lesiones causadas por la negligencia de otros empleados. Los tribunales simplemente decidieron que la política de indemnizar a los perjudicados merecía ahora mayor peso.

El segundo tipo de juicio se refiere a la relación entre fines y medios. El tribunal anterior adoptó una regla porque creía que dicha regla promovería mejor ciertas políticas. El abogado ahora argumenta, sin necesariamente discutir los fines perseguidos por el tribunal anterior, que la regla adoptada simplemente ya no promueve esas políticas, si es que alguna vez lo hizo. En otras palabras, la norma no ha funcionado en la práctica y debe cambiarse.

Por ejemplo, las normas tradicionales del derecho consuetudinario que regulan los deberes que los propietarios deben a quienes ingresan a la tierra categorizan a quienes ingresan a la tierra como intrusos, titulares de licencias o invitados. Los deberes de los terratenientes variaban según la categoría en la que caía el entrante. Sin embargo, algunos tribunales llegaron a creer que las diversas categorías eran difíciles de aplicar y que la mejor manera de aplicar las políticas subyacentes era adoptar un deber único que exigiera al propietario ejercer un cuidado razonable según las circunstancias.[13]

Cambios en la ley de este tipo tal vez sean más fáciles de adoptar para el tribunal porque, como se señaló anteriormente, la relación entre fines y medios, en teoría, es un asunto que el tribunal puede decidir empíricamente. Así, en el ejemplo anterior, el tribunal anunció que la norma anterior era "difícil de aplicar", conclusión que aparentemente se basaba en observaciones fácticas. Al cambiar la ley de esta manera, el tribunal no admite que haya cambiado políticas sino sólo que está "corrigiendo" la ley a la luz de nueva información. Las políticas subyacentes de los casos anteriores pueden seguir recibiendo el mismo peso.

C. Técnicas para cambiar la jurisprudencia

Un tribunal que ha decidido cambiar la jurisprudencia puede utilizar diversas técnicas, algunas de las cuales pueden atenuar la impresión de que se ha apartado del principio de stare decisis. En esta subsección se analizan algunas de estas técnicas.

1. CONFINAR UN CASO A SUS HECHOS

En primer lugar, el tribunal puede limitar un caso anterior a sus hechos. Se trata, en efecto, de una forma relativamente débil de anulación. La decisión del caso anterior se considera correcta, pero el tribunal se niega a generalizar esa decisión a cualquier caso futuro. El tribunal ha repudiado efectivamente cualquier dictamen del caso anterior que sugiriera que la decisión reflejaba una norma de aplicación más amplia.

Por ejemplo, un tribunal podría limitar a sus hechos un caso que sostenga que golpear de la mano a un cliente de la cafetería es un toque ofensivo. El tribunal ahora es libre de considerar que no es un toque ofensivo golpear una caja de pizza, una baraja de cartas, una reliquia familiar o cualquier otra cosa fuera de la mano. La decisión en el caso anterior se ha limitado a los hechos de ese caso. El tribunal no necesita encontrar alguna base para distinguir casos posteriores que involucran pizza o reliquias familiares. La ley ha cambiado, permitiendo al tribunal tratar la pizza y las reliquias familiares de manera diferente a las bandejas de cena, aunque el tribunal no ha anulado explícitamente el caso anterior.

2. ANULACIÓN DEL SUB SILENTIO

En segundo lugar, el tribunal puede anular un caso anterior *sub silentio* . El tribunal generalmente hace esto articulando un conjunto de sentencias políticas en un caso posterior que, si se hubieran aplicado al caso anterior, habrían causado un resultado diferente. El tribunal se niega explícitamente a anular el caso anterior, pero el abogado entiende que el caso anterior ya no controla las decisiones futuras.

Por ejemplo, supongamos que un caso sostiene que un tribunal debe dar al consumidor un aviso previo y la oportunidad de ser escuchado antes de autorizar al sheriff, que actúa en nombre de una tienda, a confiscar bienes por los cuales el consumidor supuestamente no ha pagado el almacenar. Supongamos también que un caso posterior permite el embargo de los bienes sin previo aviso y sin oportunidad de ser escuchado, siempre que el tribunal en el momento en que autoriza el embargo tenga motivos suficientes para creer que el reclamo de la tienda sobre los bienes está bien fundamentado y dé aviso posterior. al consumidor. Esto puede equivaler a una anulación *sub silentio* del primer caso.[14] Nada en el primer caso sugería que el tribunal no tuviera motivos suficientes para creer que la reclamación de la tienda estaba bien fundada y, por lo tanto, podría decirse que el primer caso es indistinguible del segundo. El segundo caso llegó a un resultado diferente porque el

tribunal cambió su política. El primer caso no se anula explícitamente, pero los casos futuros aparentemente se decidirán de manera diferente.

3. CREAR EXCEPCIONES

En tercer lugar, el tribunal puede crear una excepción. Se trata de un repudio explícito, pero sólo parcial, del caso anterior. El caso anterior sigue siendo una buena ley, pero ya no controla todas las situaciones que alguna vez controló.

El último ejemplo también podría usarse para ilustrar esta técnica. Supongamos que, en el primer caso, *no* hubiera habido garantías adecuadas de que la reclamación de la tienda estuviera bien fundada. En esa situación, el segundo caso, en lugar de anular el caso anterior *sub silentio* , podría simplemente crear una excepción, sosteniendo que, aunque generalmente se requiere una notificación previa, una notificación posterior es suficiente si el tribunal tiene garantías adecuadas de que el reclamo de un derecho de la tienda de embargo está bien fundado.

Obviamente, los abogados pueden diferir en ocasiones sobre si el segundo caso representa una excepción al primero o una anulación del mismo *sub silentio* . En la medida en que los dos casos sean verdaderamente diferentes, el segundo caso bien puede estar estableciendo una excepción a la regla general establecida en el primero. Sin embargo, en la medida en que los dos casos parecen indistinguibles, entonces es casi ineludible la conclusión de que el primer caso ha sido anulado *sub silentio* . Como se ha visto, los abogados pueden diferir sobre si dos casos son distinguibles y, por lo tanto, pueden diferir sobre si el segundo caso creó una excepción al primer caso o lo anuló *sub silentio .*

Cualquier excepción modifica la ley respecto de aquellas situaciones comprendidas dentro de la excepción. Además, al definir de manera amplia el fundamento fáctico de la excepción, el tribunal puede incluir un gran número de casos dentro de la excepción. Con el tiempo, la excepción puede llegar a ser más aplicable que la llamada regla general, con el resultado de que se dice que la excepción "se traga la regla". En el momento en que se creó, la excepción parecía un cambio menor en la ley, pero con el tiempo resultó ser un repudio prácticamente completo de la regla anterior.[15]

4. EMPLEAR FICCIONES JURÍDICAS

Cuarto, el tribunal puede utilizar una ficción jurídica para cambiar la ley. Una ficción jurídica, en efecto, es una declaración de que la ley considera algo como verdadero aunque no lo sea. A menudo se utiliza una ficción jurídica para suplir un elemento faltante en una norma. Al declarar que el elemento está presente, el tribunal permite que la regla se aplique a hechos que de otro modo no se aplicaría. Al parecer, la ley no ha cambiado. En realidad, sin embargo, el tribunal ha reescrito la norma de modo que el elemento faltante sea eliminado o reemplazado.

Una de las ficciones jurídicas más comúnmente utilizadas es la técnica de la implicación, en la que un tribunal declara que se supone que algún elemento está presente, aunque en algún sentido significativo no esté presente.

Por ejemplo, supongamos que un caso sostiene que una corporación no puede ser demandada en un estado a menos que esa corporación consienta en someterse a la jurisdicción de los tribunales. Supongamos ahora que un segundo caso sostiene que una corporación, al hacer negocios con un ciudadano del estado, implica consentimiento a la jurisdicción. Obviamente, la corporación realmente no dio su consentimiento a la jurisdicción, pero ahora puede ser demandada. La ley parece no haber cambiado porque todavía basa la jurisdicción en el consentimiento. Sin embargo, en la práctica, el elemento del consentimiento ha sido reemplazado por el elemento de "hacer negocios", que se convierte en consentimiento mediante una ficción jurídica.

Las ficciones jurídicas pueden preparar a la comunidad jurídica para un cambio explícito en la ley. Cuando se crea por primera vez, la ficción oculta cualquier cambio explícito en la ley. Una vez que la ficción esté bien establecida, un tribunal puede decidir abandonar la simulación y admitir que la ficción es sólo eso. A estas alturas, sin embargo, la norma modificada por el uso de la ficción jurídica está tan arraigada que muy probablemente el tribunal no será criticado por haber cambiado la ley. En todo caso, puede ser elogiado por su franqueza al abandonar lo que había sido una ficción obvia desde el principio.

5. ANULACIÓN EXPLÍCITA

Finalmente, un tribunal puede anular explícitamente un caso anterior. Las justificaciones políticas para cambiar la ley son lo suficientemente convincentes como para anular la presunción a favor del stare decisis, y el tribunal simplemente cambia la ley.

LA SEGUNDA PARTE

Razonamiento con políticas

6

ANÁLISIS, SÍNTESIS Y APLICACIÓN DE POLÍTICAS

Este capítulo desarrolla una comprensión sistemática de la manera en que los abogados analizan, sintetizan y aplican políticas en el proceso de razonamiento jurídico. En la primera sección se describe la forma en que se puede analizar una regla como un compromiso entre varios pares de políticas en conflicto. La discusión luego gira hacia algunos de los conflictos políticos más generalizados en el derecho estadounidense. La segunda sección explica un método mediante el cual las políticas relevantes para una situación particular pueden sintetizarse identificando la relación que cada política tiene con las demás en esa situación. En la tercera sección, se explora la manera en que se aplican las políticas para decidir disputas particulares, un tema que se introdujo en el capítulo 5.

Mientras que la primera parte de este libro describe el razonamiento jurídico dominante tal como lo entienden comúnmente los abogados a principios del siglo XXI, este capítulo representa en algunos aspectos una innovación. Los abogados comúnmente argumentan que un resultado particular es deseable porque promovería ciertas políticas públicas o que el resultado contrario es indeseable porque impediría ciertas políticas públicas. Sin embargo, los abogados no han ideado ningún método sistemático para analizar, sintetizar y aplicar políticas. Este capítulo ofrece un esbozo de dicho método.

I. ANÁLISIS DE POLÍTICAS

A. El dilema de elegir entre políticas opuestas

Toda disputa legal plantea un conflicto entre al menos dos políticas opuestas. Al adoptar una norma para regir la disputa, el tribunal llega a un compromiso entre estas políticas.

De hecho, los conflictos de políticas están integrados en la estructura del sistema legal. Es decir, el sistema legal estadounidense busca promover una multitud de políticas opuestas al mismo tiempo. Así, por ejemplo, el sistema intenta adherirse al gobierno de la mayoría y al mismo tiempo proteger los derechos individuales; se esfuerza por ser justo, pero también eficiente.

El sistema no puede promover plenamente todas estas políticas al mismo tiempo. Si la mayoría decide que todas las personas mayores de dieciocho años estarán sujetas a inducción militar, un tribunal que se enfrenta a un individuo que se niega a realizar el servicio militar debido a creencias religiosas debe elegir entre el gobierno de la mayoría y la libertad religiosa individual. Una política debe ceder el paso a la otra en casos específicos.

Sin embargo, todas las políticas son importantes y pocos defenderían que alguna de ellas prevalezca siempre. De hecho, como se analiza en la siguiente sección de este capítulo, una paradoja del sistema legal estadounidense es que aplicar cualquier política excluyendo las políticas opuestas sería, en última instancia, destructivo de los fines representados por esa misma política. La tarea del tribunal al resolver disputas es decidir, bajo un conjunto particular de hechos, qué política preferir en ese caso y cómo llegar a un compromiso con las políticas opuestas.

Debido a que cada una de las políticas recibe preferencia en algunos casos, cualquier conjunto de reglas abarca políticas opuestas simultáneamente. La experiencia típica del abogado al sintetizar un cuerpo de reglas es que durante la síntesis se identifica una regla general que representa el triunfo de una política pero que está definida y limitada por reglas más específicas que dan preferencia a una política opuesta.

Por lo tanto, ninguna norma resuelve completamente el conflicto entre las políticas opuestas. En el mejor de los casos, simplemente reubica el conflicto en algún tema presentado en un nivel inferior de generalidad. Aunque a primera vista la regla pueda parecer que promueve una política particular, cada vez que se define o califica la regla, el conflicto de política original resurge y debe resolverse de nuevo. En los capítulos 7 a 10 se presentan varios ejemplos de este fenómeno.

El hecho de que las normas jurídicas sean compromisos entre políticas opuestas forma una de las bases de la intuición del abogado de que hay dos lados en cada caso. No importa qué políticas parezcan apoyar una posición particular, siempre hay políticas competitivas a las que los tribunales, al menos en algunas ocasiones, han dado preferencia. Por lo tanto, cualquier conjunto de reglas abarca en varios niveles de generalidad políticas contradictorias que respaldan resultados diametralmente opuestos. El abogado que pueda identificar las diversas combinaciones de políticas opuestas que subyacen a las reglas

comprenderá instantáneamente la naturaleza del argumento que se puede presentar en cada lado del caso.

Esto no quiere decir que todos los casos, como cuestión práctica, puedan decidirse de cualquier manera. En un contexto dado, factores como la historia, los precedentes, las preferencias judiciales individuales y los hechos específicos del caso pueden combinarse de tal manera que dejen sólo un resultado plausible. Sin embargo, incluso en esa situación, la existencia de políticas en competencia permite al abogado articular un argumento perfectamente coherente a favor del lado perdedor. De hecho, el argumento perdedor puede ser uno que en otro momento habría prevalecido o tal vez en algún momento prevaleció, pero que en el contexto actual se considera poco convincente.

B. Conflictos de políticas específicas

El análisis de políticas es el proceso de identificar qué políticas respaldan cada posible resultado en una disputa particular. Ese proceso requiere una comprensión de los principales conflictos políticos que subyacen al derecho estadounidense. En el resto de esta sección se presentan algunos de los conflictos políticos más generalizados.

Estos conflictos de políticas no son de ninguna manera exhaustivos de aquellos que los abogados deben resolver. Por ejemplo, muchas disputas en derecho constitucional plantean un conflicto entre una política de centralizar el poder en el gobierno federal o descentralizarlo en los estados. Este conflicto de políticas, como muchos otros, no se analiza aquí porque la discusión pretende demostrar una metodología más que proporcionar algún tipo de estudio integral de las políticas.

Las políticas analizadas aquí pueden caracterizarse de diversas maneras. Algunas son más generales que otras. Por ejemplo, la política de paternalismo, que se analiza más adelante, es un término muy general que abarca políticas más específicas, como la protección del consumidor. Las opiniones judiciales se refieren a las políticas en diferentes niveles de generalidad y, por lo tanto, no necesariamente utilizan la terminología empleada aquí.[1]

Sin embargo, antes de comenzar la discusión, permítanme enfatizar que en este libro, y especialmente en la segunda parte, he usado la palabra *política* de una manera muy amplia e inexacta. Esencialmente, por la palabra *política* me refiero a cualquier consideración distinta del texto de una norma en la que el tribunal basa una decisión que implica la creación o aplicación de la norma. Por ejemplo, en el análisis que sigue hablo de positivismo y naturalismo, que generalmente se consideran teorías jurisprudenciales y no políticas. De manera similar, analizo el formalismo y el instrumentalismo, aunque en realidad también son teorías jurisprudenciales y no políticas como normalmente se entiende esa palabra. En algunos casos he utilizado el término *teoría* para referirme al positivismo, al naturalismo, al formalismo o al instrumentalismo, pero no he sido escrupuloso al respecto.

He utilizado el término *política* de esta manera tan amplia e inexacta por dos razones. En primer lugar, agrupar estos muchos conceptos diferentes bajo un solo término *de política* sirve al interés de la brevedad. En segundo lugar, debido a que todos estos conceptos influyen en la forma en que los abogados y los tribunales crean y aplican reglas, algún tipo de término colectivo era apropiado. Dicho esto, no estaría en desacuerdo con la sugerencia de que otra palabra, como *teoría* , habría sido una mejor opción. Elegí *política* porque los abogados comúnmente hablan de "presentar un argumento de política" cuando se refieren, esencialmente, a mirar más allá del lenguaje de las reglas para construir un argumento con respecto a la aplicación de las reglas. Los abogados rara vez se refieren a "presentar un argumento jurisprudencial" o "presentar un argumento teórico".

Algunos estudiosos del derecho, en particular Ronald Dworkin, cuyo trabajo se analiza con cierto detalle en el capítulo 12, y aquellos de la escuela de procesos legales, que se analiza muy brevemente al final del capítulo 11, establecen una distinción entre principios y

políticas. Para la escuela de procesos jurídicos, por ejemplo, un principio es un precepto moral en el que un tribunal puede basar su decisión, como el precepto de que "nadie debe sacar provecho de su propio error". Una política, por el contrario, es un objetivo que una legislatura puede tratar de lograr al promulgar legislación, como una política de promoción de la seguridad vial. La distinción es útil para varios académicos que abordan el problema, discutido en los capítulos 11 y 12, de cómo distinguir la adjudicación, el trabajo de un juez, de la legislación, el trabajo de una legislatura. Como se verá en esos capítulos, distinguir la adjudicación de la legislación a menudo se considera fundamental para preservar la democracia y el Estado de derecho. Aunque la distinción entre principios y políticas es útil para muchos propósitos, no es algo que la mayoría de los abogados se esfuercen por mantener en su práctica. Por ejemplo, un abogado puede referirse a una política para impedir que un malhechor se beneficie de su conducta ilícita, sin detenerse a considerar si, según un teórico en particular, esa idea es un principio y no una política. Este libro no pretende ser un argumento sobre cómo deberían pensar los abogados. Más bien, pretende ser una descripción de cómo piensan realmente los abogados, aunque admito que partes del libro, particularmente este capítulo, intentan elaborar de manera explícita y sistemática un proceso que para la mayoría de los abogados es inconsciente, intuitivo y adverso. hoc. Es decir, estoy intentando describir lo que hacen, incluso si no son del todo conscientes de que lo están haciendo, de la misma manera que un entrenador podría ayudar a un jugador de tenis a analizar su golpe de derecha. Por lo tanto, uso el término *política* de manera amplia e inexacta, como suelen hacer los abogados en ejercicio.

En cualquier caso, se advierte debidamente al lector que quizás en ningún otro lugar excepto en este libro se agruparán todos los conceptos analizados en este capítulo bajo el término único de *políticas* . Espero que el lector llegue finalmente a la conclusión de que los beneficios de tratar todas estas diversas influencias en la toma de decisiones judiciales como parte de un grupo colectivo justificarán la violencia que puedo haber cometido contra el idioma inglés o la claridad conceptual.

1. EL INDIVIDUO Y LA COMUNIDAD

Una primera tensión básica en el derecho estadounidense es esencialmente de naturaleza política y se centra en si se debe otorgar primacía al individuo o a la comunidad (o a su representante, el Estado). Esta tensión, no importa en qué nivel de generalidad se resuelva, siempre parece resurgir en un nivel inferior de generalidad. Así, la misma tensión reaparece en diferentes contextos a lo largo del derecho estadounidense.

En su nivel más general, esta tensión plantea la cuestión de si en una situación dada debe prevalecer la voluntad del Estado o la voluntad del individuo. El conflicto entre la voluntad del Estado y la voluntad del individuo se caracteriza aquí como un conflicto entre mayoritarismo e individualismo.

Supongamos que existe una norma que establece que, en una situación particular, el Estado debe hacer efectiva la voluntad del individuo. Sin embargo, tal regla no resuelve completamente la cuestión de la primacía entre la comunidad y el individuo; simplemente

lo reubica. Aunque la regla establece que debe prevalecer la voluntad del individuo, la cuestión de la primacía resurge como la cuestión de cómo definir la voluntad del individuo. Debido a que un individuo puede verse obligado por circunstancias a tomar decisiones que no son verdaderamente libres, la deferencia a la voluntad del individuo puede requerir que el Estado intervenga para protegerlo contra la dominación privada. Así, la tensión entre la comunidad y el individuo resurge como una tensión entre la política de evaluación estatal de las circunstancias de la elección individual y la política de suponer que las elecciones individuales representan la voluntad no coaccionada de ese individuo. Esta tensión se analiza más adelante como el conflicto entre la política de paternalismo y la política de autonomía.

Supongamos ahora que la regla establece que en una situación particular prevalecerá la voluntad del Estado, más que la voluntad del individuo. Nuevamente, esto no resuelve completamente la cuestión de la primacía entre la comunidad y el individuo, sino que sólo la reubica. Debido a que la ley ha autorizado al Estado a imponer su voluntad, el Estado debe decidir si ejerce su voluntad en favor del bienestar colectivo o de los derechos de individuos particulares. Esta tensión podría caracterizarse de varias maneras, pero a continuación se describe como la tensión entre eficiencia y justicia.

Si, por ejemplo, en una situación particular el Estado decide buscar justicia, esa elección simplemente reubica la tensión entre la comunidad y el individuo. La tensión resurge como una elección entre una teoría utilitarista de la justicia, que da primacía al bienestar de la comunidad, y una teoría de la justicia basada en derechos, que da primacía a los derechos del individuo.

Como ilustra esta discusión, la tensión entre la comunidad y el individuo nunca se resuelve por completo. Resurge constantemente en diferentes niveles de generalidad como diferentes conflictos de políticas afines, y los tribunales a menudo prefieren una política en un nivel de generalidad y la política opuesta en otro.

a. Individualismo y mayoritarismo

Los redactores de la Constitución entendieron que estaban construyendo un gobierno basado en dos valores opuestos: la democracia (como usamos ahora el término) y los derechos individuales. La democracia requiere que se obedezca la voluntad de la mayoría representada por las decisiones del Estado, pero la teoría de los derechos individuales subordina la voluntad de la mayoría a la voluntad del individuo. El tribunal debe decidir en casos particulares si abraza una política de mayoritarismo y ceder a la voluntad de la mayoría o adoptar una política individualista y ceder a la voluntad del individuo.

El conflicto entre mayoritarismo e individualismo existe más obviamente cuando la legislatura promulga un estatuto en nombre de la mayoría. Supongamos, por ejemplo, que una legislatura promulga una ley que prohíbe la defensa del comunismo como forma de gobierno y la ley es cuestionada como una violación de la garantía constitucional de libertad de expresión. Un tribunal mayoritario generalmente cree que el pueblo tiene el poder de castigar el discurso que considera injurioso y que probablemente haga cumplir la

ley. Un tribunal individualista generalmente intenta proteger el derecho de los individuos a expresar sus opiniones políticas y es probable que invalide la ley.

Debido a que se supone que el common law representa la voluntad popular, el conflicto entre mayoritarismo e individualismo también impregna la adjudicación del common law.[2] Por ejemplo, según la doctrina legal de la difamación, el tribunal puede obligar a un orador a compensar a otra persona cuya reputación fue dañada por los comentarios del orador. El deseo de la mayoría de imponer responsabilidad por comentarios difamatorios entra en conflicto con el derecho del hablante a decir lo que cree y prevalece sobre él.

Se puede distinguir entre una política de mayoritarismo y las políticas más específicas en apoyo de las cuales la mayoría puede ejercer su voluntad, del mismo modo que se puede distinguir entre una política de individualismo y las decisiones más específicas tomadas por un individuo determinado. Un mayoritario adopta la posición de que la voluntad de la mayoría debería prevalecer en general, ya sea prohibir la desnudez en la playa, prohibir fumar en los restaurantes o imponer una garantía implícita sobre la venta de un automóvil. Un individualista adopta la posición de que debe prevalecer la voluntad del individuo, ya sea que desee criticar al presidente, aceptar extraer carbón por un dólar la hora o practicar el sacrificio de animales como rito religioso. Así, las políticas generales de mayoritarismo e individualismo pueden vincularse en una situación particular con cualquiera de un sinnúmero de otras políticas más específicas, que van desde la protección de la industria tabacalera hasta la prevención de la crueldad hacia los animales.

La ley estadounidense no favorece consistentemente ni el mayoritarismo ni el individualismo. En algunas situaciones prevalece una política, mientras que en otras prevalece la política opuesta. La ley de una comunidad concreta, por ejemplo, puede permitir fumar en un restaurante, pero no la desnudez en la playa. La política que prevalece a menudo depende de la naturaleza de las otras políticas con las que cada una está vinculada en una situación particular. Así, el abogado puede predecir la elección entre estas dos políticas sólo dentro de contextos específicos.

Si el gobierno de la mayoría prevalece en todos los casos, entonces la democracia se endurecerá hasta convertirse en un estado totalitario. Si la voluntad individual prevalece en todos los casos, entonces la sociedad democrática colapsará en la anarquía. El gobierno de la mayoría y los derechos individuales actúan cada uno como un control sobre el otro. El conflicto entre mayoritarismo e individualismo nunca podrá resolverse por completo.

Además, las políticas de mayoritarismo e individualismo son tan generales que ni siquiera la elección de una u otra en una situación particular puede resolver la disputa. Por ejemplo, como se analiza en la siguiente subsección, la voluntad individual puede definirse de más de una manera. La elección del individualismo deja así el conflicto sin resolver, simplemente desplazándolo hacia la cuestión más específica de cómo definir la voluntad del individuo.

b. Autonomía y paternalismo

Cuando la ley busca dar efecto a la voluntad del individuo, se enfrenta a una elección entre una política de paternalismo y una política de autonomía. Bajo una política de paternalismo, la ley protege a los débiles de la dominación de los fuertes. Bajo una política de autonomía, la ley evita regular las elecciones individuales.

El conflicto entre paternalismo y autonomía tiene sus raíces en dos puntos de vista opuestos sobre la posibilidad de la libertad individual. La política de autonomía supone que el gobierno es la principal amenaza a la libertad individual y, por tanto, sostiene que la ley debería facilitar, en lugar de regular, la elección individual. La política del paternalismo supone que la principal amenaza a la libertad individual son los individuos poderosos u organizaciones privadas que dominan a otros, ya sea por razones económicas o de otro tipo, y por lo tanto la ley debe regular las transacciones privadas para evitar la dominación y asegurar que los ejercicios individuales de la voluntad sean verdaderamente gratis.

Supongamos, por ejemplo, que un hombre analfabeto ha comprado un refrigerador en una tienda departamental y ha firmado un acuerdo financiero que permite a la tienda, siempre que crea que no ha realizado un pago, recuperar su refrigerador y todos los demás electrodomésticos comprados previamente en la tienda.[3]

Si el tribunal prefiere una política de autonomía, probablemente concluirá que el consumidor firmó libremente el acuerdo sin que nadie se lo leyera y que debe estar obligado por su elección. De hecho, continúa el argumento, la invalidación de la disposición de recuperación podría obligar a la tienda a adoptar soluciones más costosas, como demandar al consumidor para obtener la devolución del refrigerador, elevando así el costo de hacer negocios, un costo que se traslada a los consumidores. La tienda podría incluso decidir no vender a plazos a personas con mal riesgo crediticio, eliminando así por completo su capacidad de comprar electrodomésticos costosos. Desde este punto de vista, la negativa a hacer cumplir el contrato probablemente daría lugar a menos opciones para los futuros consumidores. En otras palabras, la política de autonomía supone que la interferencia del gobierno en acuerdos privados es, en última instancia, destructiva de la libertad.

Si el tribunal prefiere una política paternalista, cuestionará si el consumidor eligió libremente un acuerdo contractual que no comprendió. El tribunal también puede cuestionar si, de manera realista, podría haber encontrado a alguien que le hubiera explicado adecuadamente la disposición, si alguna tienda le habría vendido un refrigerador sin ese término en el contrato, y si tenía alguna opción real aparte de firmar. el contrato o renunciar por completo a poseer un refrigerador. Si el tribunal hace cumplir la disposición, todos los proveedores incluirán dichas disposiciones en sus acuerdos de financiación. Por lo tanto, hacer cumplir el acuerdo podría limitar la libertad de los consumidores de obtener bienes considerados prácticamente necesarios en el mundo moderno, permitiéndoles de hecho hacerlo sólo en ciertos términos desfavorables. En otras palabras, la política del paternalismo supone que la libertad real requiere que el Estado vigile los acuerdos privados para garantizar que aquellos con menos poder no se vean obligados por las circunstancias a aceptar acuerdos que ninguna persona con igual poder de negociación consentiría jamás.

La dominación privada es una amenaza mayor para la libertad individual en algunas situaciones, mientras que la coerción estatal es una amenaza mayor en otras. Así, el abogado puede predecir la elección entre paternalismo y autonomía sólo en contextos específicos.

Además, el conflicto entre autonomía y paternalismo es persistente y nunca podrá resolverse por completo. Si la autonomía prevaleciera en todos los casos, el tribunal haría cumplir todos los acuerdos privados, incluidos los contratos inducidos con una pistola en la cabeza. La parte amenazada, que ha elegido libremente firmar antes que morir, debe cumplir el acuerdo. Si el paternalismo prevaleciera en todos los casos, ninguna decisión individual estaría libre de intervención judicial. Cada transacción que resultó en decepción daría lugar a litigios por reclamos de que la transacción no fue el resultado de una elección verdaderamente libre e informada.

Incluso cuando la elección entre paternalismo y autonomía se hace en una situación particular, esa elección puede no resolver la disputa. Las políticas de paternalismo y autonomía son tan generales que pueden resultar indeterminadas. Para que estas políticas sean determinadas, uno debe tener una concepción relativamente específica de lo que constituye coerción o dominación en una situación particular y qué medios serían efectivos para reducir o eliminar la coerción o dominación.

Por ejemplo, supongamos que una mujer se queja con su empleador de un compañero de trabajo que lee, en su cubículo durante la hora del almuerzo, revistas que muestran fotografías de mujeres desnudas. Luego, el supervisor despide al empleado por acosar sexualmente a la mujer, tras lo cual el hombre demanda al empleador por despido injustificado. Un tribunal paternalista decidido a intervenir en el lugar de trabajo para impedir la dominación privada de los débiles por los fuertes necesita algo más que su compromiso con el paternalismo para decidir la disputa. Debe decidir si el hombre, al leer la revista, está obligando a la mujer a soportar una denigración sexista o si el empleador, al despedir al hombre por leer la revista, está obligando al lector a someterse a la visión del empleador sobre las relaciones de género adecuadas. Sólo decidiendo qué significa coerción en esta situación tan específica podrá el tribunal paternalista resolver la disputa.

C. Justicia y Eficiencia

Cuando prevalece la voluntad del Estado, el conflicto entre la primacía de la comunidad y la primacía del individuo no se resuelve completamente. El Estado debe tomar una serie de decisiones sobre los fines para los cuales ejercerá su voluntad, decisiones que resucitarán el mismo conflicto. Así, por ejemplo, el conflicto entre la comunidad y el individuo a menudo resurge como un conflicto entre una política de eficiencia social y una política de justicia para los individuos particulares involucrados en una transacción.

Un buen ejemplo del conflicto entre justicia y eficiencia involucra la doctrina procesal de *cosa juzgada* , frase latina que puede traducirse como “la cosa adjudicada”. Esa doctrina impide que una parte vuelva a litigar una reclamación previamente adjudicada contra la misma parte. La doctrina evita nuevos litigios despilfarradores y, por lo tanto, se basa en la

política de eficiencia. Sin embargo, en casos particulares puede conducir a injusticias. Supongamos, por ejemplo, que un trabajador sufre una quemadura leve como resultado de la negligencia de su empleador. El trabajador demanda al empleador y recibe una indemnización menor. En última instancia, la quemadura no sana adecuadamente, se vuelve cancerosa y causa lesiones graves.[4] La mayoría de la gente probablemente estaría de acuerdo en que debido a que la negligencia del empleador causó la lesión, la justicia requiere que el empleador compense completamente al trabajador. Sin embargo, la doctrina de res judicata impide que el trabajador presente una nueva demanda para recuperar una compensación adicional por la gravedad imprevista de la lesión. En ese caso, la política de eficiencia prevalece sobre la política de justicia.

Si quiere conservar el apoyo del pueblo, el sistema legal estadounidense nunca podrá abandonar su aspiración de justicia. Al mismo tiempo, un sistema legal que despilfarra sus propios recursos y los de la sociedad a la que sirve también perderá el respeto y el apoyo de la gente. El sistema legal debe ser justo y eficiente. El conflicto entre estas políticas nunca podrá resolverse por completo. El abogado puede predecir la elección entre eficiencia y justicia sólo en contextos específicos.

Incluso cuando la elección entre eficiencia y justicia se hace en un caso particular, esa elección no necesariamente resuelve la disputa. Los conceptos de eficiencia y justicia son tan generales que a menudo resultan indeterminados. Por ejemplo, una decisión de que el tribunal buscará el resultado más justo no resuelve la disputa porque existen muchas concepciones diferentes de justicia. Y al seleccionar una concepción particular de justicia, el abogado confrontará nuevamente la tensión entre la comunidad y el individuo. Es decir, como se analiza en la siguiente subsección, el deseo de buscar el resultado justo desplaza la tensión hacia la cuestión más específica de cómo definir la justicia.

d. Teoría de los derechos y utilitarismo

Cuando el Estado decide aplicar una política de justicia para el individuo, la tensión entre el individuo y la comunidad sigue sin resolverse. Más bien, resurge como un conflicto entre las teorías de la justicia basadas en los derechos y las teorías utilitaristas de la justicia.

La teoría de los derechos postula que los individuos tienen ciertos derechos que la ley debería proteger y hacer cumplir porque hacerlo es justo. Un tribunal que tuviera una concepción fuerte de los derechos individuales, por ejemplo, podría sostener que el fabricante de un producto que perjudicó a un consumidor debe compensar al consumidor porque el consumidor tiene el “derecho” a no sufrir daños físicos causados por otros. La teoría de los derechos generalmente se remonta a los supuestos de la ley natural de pensadores de la Ilustración como John Locke y ha sido reforzada por la ética deontológica de Immanuel Kant.

El utilitarismo generalmente postula que la justicia requiere el resultado que brinde la mayor felicidad al mayor número de personas. Es decir, un resultado justo es aquel que es beneficioso para la sociedad en su conjunto, independientemente de su impacto en individuos particulares. El utilitarismo a menudo se remonta al trabajo de Jeremy Bentham.

En el utilitarismo, se niega esencialmente la importancia o incluso la existencia de los derechos individuales. Según una teoría utilitarista de la justicia, el tribunal debe hacer lo que sea mejor para la comunidad en general, incluso si eso limita severamente los derechos de los individuos. Los individuos pueden estar protegidos por el utilitarismo, pero sólo en la medida en que su protección beneficie a la sociedad en su conjunto.

La búsqueda del resultado justo plantea a menudo una elección entre una teoría utilitarista de la justicia y una teoría basada en los derechos. Por ejemplo, un automovilista que es demandado por un ciclista recreativo por atropellar accidentalmente al ciclista en una calle concurrida de la ciudad puede basar su defensa en haber tomado todas las precauciones razonables para evitar atropellar al ciclista, alegando por tanto que la única manera de garantizar la seguridad del ciclista sería prohibir el tráfico en las calles, lo que sería perjudicial para el bienestar de la sociedad. El ciclista puede basar su reclamación de indemnización en el derecho de una persona a utilizar la calle sin sufrir daños causados por otros. Así, en este caso, el automovilista ha adoptado una teoría utilitaria de la justicia, mientras que el ciclista se basa en la teoría de los derechos.

Sin embargo, ni siquiera elegir entre estas dos teorías de la justicia a menudo resuelve la disputa. Los conceptos de derechos y utilidad son tan generales que pueden resultar muy indeterminados.

Decidir que los individuos tienen derechos, por ejemplo, no determina cuáles derechos tienen. E incluso suponiendo que hubiera un amplio acuerdo en que las personas tienen ciertos derechos (como el derecho a la propiedad, el derecho a la privacidad o el derecho a la libertad de expresión) la naturaleza de los derechos aún debe definirse.

Definir los derechos como absolutos es inviable porque dos derechos absolutos eventualmente entrarán en conflicto. [5] Por ejemplo, un periódico que desea publicar el nombre de una víctima de violación que desea mantener el anonimato plantea un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Si ambos derechos son absolutos, el caso no puede resolverse. Uno o ambos derechos deben limitarse de alguna manera. Pero la simple afirmación de que existe un derecho a la libertad de expresión o un derecho a la privacidad no proporciona ninguna orientación sobre cómo limitar esos derechos o cuál preferir.

Debido a la indeterminación del concepto de derechos, en muchas disputas la posición de cada parte puede estar respaldada por una concepción diferente de la naturaleza de sus respectivos derechos. Un músico que quiere tocar la tuba en un edificio de apartamentos a altas horas de la noche hablará de su “derecho” a utilizar su propiedad, mientras que un vecino que desea dormir a esa hora hablará de su “derecho” a disfrutar pacíficamente de su hogar. . El tribunal no puede decidir el caso simplemente decidiendo que desea proteger los derechos individuales. Debe adoptar una concepción muy particular de derechos individuales específicos.

El utilitarismo plantea un problema análogo al de la teoría de los derechos. El concepto de mayor felicidad para el mayor número de personas es tan general que puede resultar muy indeterminado. Para encontrar el resultado utilitario, primero hay que decidir qué formas de felicidad se van a contar, cómo se van a medir y si algunas formas merecen tener más

peso que otras. Una persona puede creer, por ejemplo, que la mayor felicidad para el mayor número requiere cerrar una fábrica que contamina el aire, mientras que otra persona puede creer que la mayor felicidad para el mayor número requiere permitir que la fábrica, que emplea a un gran segmento de la comunidad, para continuar operando. Es necesario creer no sólo en el utilitarismo sino en una concepción particular de la mayor felicidad antes de que el utilitarismo pueda ser de ayuda para resolver una disputa.

El individualismo es un valor profundamente arraigado en la sociedad estadounidense y, por tanto, los argumentos basados en los derechos individuales tienen un fuerte atractivo intuitivo. De hecho, la mayoría de los utilitaristas incorporan en algún nivel una noción de derechos individuales en su teoría. Por ejemplo, la mayoría de los utilitaristas probablemente retrocederían ante el argumento de un psicópata de que se le debería permitir asesinar a un paciente comatoso porque obtendría un gran placer del acto, mientras que el paciente comatoso no sufriría nada y, por tanto, el asesinato aumentaría la felicidad agregada en la vida. sociedad. En efecto, los utilitaristas considerarían que los derechos individuales, en este caso el derecho del paciente a la vida, establecen algún tipo de límite a la aplicación del cálculo utilitarista. Al mismo tiempo, un rechazo total del utilitarismo en favor de los derechos individuales podría permitir que un individuo único e irrazonable socave el bienestar de toda la comunidad.

Así, el utilitarismo tiende a estar limitado en casos extremos por los derechos individuales, y las afirmaciones extremas de los derechos individuales suelen estar limitadas por algún cálculo utilitario. Pocos de nosotros, si es que alguno, estaríamos dispuestos a aceptar cualquiera de las teorías sin alguna limitación de la otra. La tensión entre estas diferentes teorías de la justicia nunca podrá resolverse por completo. El abogado puede predecir la elección entre estas teorías de la justicia sólo en contextos específicos.

2. NATURALISMO Y POSITIVISMO

Una segunda tensión básica en el derecho estadounidense, entre positivismo y naturalismo, es esencialmente metafísica. Esta tensión se produce entre dos concepciones diferentes de la fuente y la naturaleza del derecho, cada una de las cuales se considera que justifica una serie de opciones políticas específicas. La siguiente discusión se refiere al conflicto general entre estas dos teorías, al tiempo que alude a algunas de las opciones políticas asociadas con una teoría positivista o naturalista del derecho.

El naturalismo generalmente sostiene que existen leyes universales que son aplicables a todas las personas en todo momento y que estas leyes se basan en la voluntad de Dios o la naturaleza del universo. El naturalismo a menudo se remonta a los filósofos estoicos de la antigua Grecia, quienes encontraron la ley natural a través de la razón. En la época medieval, los teólogos católicos encontraron la fuente de la ley natural en la voluntad de Dios, que era revelada a través de las Escrituras. El escepticismo religioso desencadenado por el Renacimiento, la Reforma y la Revolución Científica devolvió el naturalismo a terrenos seculares, de modo que en la época de la Ilustración del siglo XVIII, los naturalistas se referían más a la razón que a la revelación como fuente de derecho.

Los naturalistas generalmente adoptan la posición de que las leyes humanas incompatibles con la ley natural no son verdaderamente leyes. El naturalismo fue un elemento importante del pensamiento jurídico estadounidense en la época de la Revolución y, en los primeros años de la república, los tribunales reclamaban el derecho de anular la legislación que fuera incompatible con el derecho natural.

El positivismo considera el derecho como mandato de un soberano. La ley es, pues, la creación de la sociedad humana; no es producto de la voluntad de Dios ni inherente a la naturaleza. El positivismo se remonta comúnmente a la obra de Jeremy Bentham y John Austin en los siglos XVIII y XIX y está representado en el siglo XX por la obra de HLA Hart.

Como se analiza en el capítulo 11, el positivismo desplazó al naturalismo como teoría dominante del derecho en los Estados Unidos a principios del siglo XIX, poniendo así fin a la práctica de anular la legislación que era incompatible con el derecho natural no escrito. Como la soberanía en Estados Unidos reside en el pueblo, el positivismo parecía más consistente con la teoría democrática que el naturalismo, que encontraba la fuente del derecho fuera de la voluntad del pueblo.

Sin embargo, el positivismo nunca ha desplazado por completo al naturalismo. En primer lugar, el positivismo parece una teoría del derecho incompleta porque no explica por qué debería prevalecer la voluntad de la mayoría. Para ello, hay que recurrir a una explicación naturalista, como la explicación de que está en la naturaleza de las cosas que la mayoría deba gobernar o que la democracia es la única forma de gobierno moralmente justa. Así, la legitimidad del derecho positivo parece descansar en última instancia en supuestos naturalistas. El resultado es que las justificaciones positivistas de una regla o resultado particular conducen inevitablemente al naturalismo.

En segundo lugar, como el positivismo sólo atiende a las órdenes del soberano, no parece proporcionar una base adecuada para resolver disputas cuando el soberano guarda silencio o no es claro. El naturalismo ofrece así una fuente de orientación cuando, como suele ocurrir, el derecho positivo es indeterminado. Por ejemplo, un tribunal que intenta aplicar una ley a una situación totalmente imprevista puede interpretar la ley de una manera que parezca razonable o justa. Al no poder discernir la voluntad del pueblo, el tribunal puede basar su interpretación en el derecho natural.

En tercer lugar, como el derecho positivo en Estados Unidos se basa en el consenso popular, puede ser inconsistente con nociones de justicia profundamente arraigadas. Como esto sugiere, los tribunales han adoptado varias reglas que les permiten invocar consideraciones naturalistas para anular el derecho positivo en ciertos casos. Por ejemplo, supongamos que la legislatura promulgó un estatuto que establece que el beneficiario de una póliza de seguro de vida puede demandar directamente a la compañía de seguros para hacer cumplir la póliza. Posteriormente, el beneficiario de una póliza asesina al asegurado y demanda para cobrar el producto. Aunque el lenguaje del estatuto puede ordenar al tribunal que ordene el pago del producto al beneficiario, la mayoría consideraría que ese resultado es reprensible. Un tribunal probablemente se negaría a llegar al resultado, a pesar del lenguaje claro, tal vez invocando una regla que le permita interpretar los

estatutos para evitar resultados manifiestamente injustos o absurdos. [6] El naturalismo proporciona así una base moral para interpretar el contenido del derecho positivo.

El naturalismo, entonces, coexiste con el positivismo, proporcionando los fundamentos teóricos para el positivismo, complementando el derecho positivo cuando parece inadecuado para resolver una disputa y, en casos extremos, anulando los resultados requeridos por el positivismo.

Al mismo tiempo, el naturalismo nunca podrá desplazar por completo al positivismo. En primer lugar, como se señaló anteriormente, la idea de que la ley se base en cualquier fuente distinta de la voluntad del pueblo les parece a muchos profundamente antidemocrática.

En segundo lugar, el derecho natural como derecho no escrito introduce una tremenda discreción e indeterminación en el sistema jurídico. Sin una codificación autorizada de los principios del derecho natural, el naturalismo amenaza con socavar la uniformidad y previsibilidad del derecho. En la medida en que un juez pueda confundir sus preferencias personales con la revelación divina o los dictados de la razón, el naturalismo socava el Estado de derecho.

En tercer lugar, gran parte de la ley en el mundo moderno rige asuntos mundanos y triviales que podrían regularse de diversas maneras. Es simplemente inverosímil que las miles de minúsculas regulaciones aplicables a la vida diaria tengan sus raíces en la voluntad de Dios o en la naturaleza del universo. Así, el naturalismo proporciona una justificación poco convincente para el contenido de gran parte del derecho contemporáneo.

Por estas razones, el derecho estadounidense contiene corrientes tanto de positivismo como de naturalismo. El tribunal debe determinar en situaciones específicas qué cuestiones resolver de acuerdo con las reglas adoptadas por el soberano y cuáles resolver con referencia a nociones naturalistas de justicia o razonabilidad. La tensión entre naturalismo y positivismo nunca podrá resolverse por completo. Reaparece en todo el derecho estadounidense en diferentes contextos y en diferentes niveles de generalidad.

3. INSTRUMENTALISMO Y FORMALISMO

a. En general

Una tercera tensión básica en el derecho estadounidense, entre formalismo e instrumentalismo, es esencialmente epistemológica. El formalismo y el instrumentalismo son teorías en competencia sobre la forma en que los tribunales determinan la ley, es decir, sobre la naturaleza de la adjudicación. Cada una de estas teorías implica una serie de opciones políticas más específicas.

El formalismo concibe la adjudicación como la aplicación mecánica de reglas generales a situaciones particulares. Las reglas formales especifican hechos que dan origen a derechos o deberes. La aplicación de las reglas consiste en un examen de la evidencia para determinar si los hechos especificados están presentes.

Los formalistas creen que la formulación del derecho como un conjunto de reglas aporta uniformidad y previsibilidad al derecho. Las reglas predecibles informan a todos sobre sus derechos y deberes, un aspecto de la justicia, y permiten a las partes confiar en un régimen legal estable, otra dimensión de la justicia, que se refleja en la noción popular de que es injusto cambiar las reglas en el medio. del juego. Al permitir que los individuos anticipen cómo se aplicará la ley, las reglas facilitan la realización de acuerdos privados exigibles necesarios para una economía de mercado moderna. Al mismo tiempo, simplifican la resolución de disputas, lo que conduce a un sistema judicial más eficiente. De hecho, al permitir que las partes predigan qué reclamaciones tienen probabilidades de prosperar, las normas desalientan los litigios frívolos y despilfarradores. Las reglas uniformes tratan casos similares por igual, otro aspecto de la justicia.

Los formalistas se esfuerzan por establecer reglas al más alto nivel posible de generalidad. Cuanto más generales sean las reglas, más casos abarcarán y mayor será la uniformidad de su aplicación.

El instrumentalismo concibe la adjudicación como una manera de decidir una disputa de manera que impulse las políticas pertinentes. Según este punto de vista, una regla siempre debe interpretarse de manera que efectúe las políticas subyacentes. Si una lectura literal de los términos de la norma no fuera útil para esas políticas, los términos deberían leerse de manera más amplia. Además, podrían insertarse términos implícitos en el curso de la interpretación bajo la teoría de que estos términos deben ser tratados como presentes si la regla pretende promover las políticas que llevaron a su adopción.

Una cuestión que enfrenta el instrumentalista es la fuente de las políticas subyacentes. El naturalismo y el positivismo ofrecen teorías sobre la fuente del derecho y el instrumentalismo se ha asociado con ambos. Las teorías de interpretación que analizan la intención de quienes formulan una ley, por ejemplo, son esencialmente instrumentalistas y positivistas, porque intentan efectuar la política detrás de la ley y encontrar esa política en la voluntad del soberano. Las teorías de interpretación que aplican una ley de una manera justa o razonable pueden ser instrumentalistas y naturalistas.

Los instrumentalistas a veces prefieren expresar la intención del tribunal o del legislativo con estándares flexibles, como “buena fe” o “razonabilidad”, que luego deben aplicarse a los hechos de cada caso individual. Tales normas se diferencian de las reglas rígidas en que no especifican todos los hechos necesarios o suficientes para crear un derecho o deber. Más bien, caracterizan los hechos que producirán la consecuencia jurídica y dejan al tribunal determinar qué hechos satisfacen esa caracterización en una situación particular.

Los instrumentalistas no afirman que su enfoque de la adjudicación produzca necesariamente el mismo grado de uniformidad o previsibilidad que el formalismo, sino que argumentan que gran parte de la previsibilidad atribuida a las reglas formales es ilusoria en cualquier caso porque el lenguaje de las reglas es a menudo indeterminado. De hecho, sostienen que la inclinación formalista por la generalidad produce indeterminación. Cuanto más general es la regla, menos determinada es.

En cuanto a la uniformidad asociada con el formalismo, los instrumentistas sostienen que a menudo es indeseable. Afirman que es más probable que las normas flexibles produzcan el

resultado más justo en casos particulares. Es probable que las reglas sean demasiado o poco inclusivas. Es decir, una regla puede ser demasiado inclusiva al aplicarse a situaciones en las que ese resultado no es exigido por la política subyacente a la regla. Quizás sea insuficientemente inclusivo al no aplicarse a situaciones en las que la política subyacente a la regla requiere que se aplique. Por ejemplo, imaginemos que una norma que declara que sólo los hombres son elegibles para postularse para un puesto de bombero se basa en la política de garantizar que los bomberos tengan suficiente fuerza física para desempeñar sus funciones. La regla es demasiado inclusiva porque prohíbe que las mujeres que son lo suficientemente fuertes se postulen, y es poco inclusiva porque permite que los hombres que no son lo suficientemente fuertes se postulen. Las reglas excesivamente inclusivas son indeseables porque limitan la libertad innecesariamente, mientras que las reglas insuficientemente inclusivas son indeseables porque no logran resolver plenamente el problema que pretenden abordar. Las reglas son inevitablemente demasiado o poco inclusivas debido a la dificultad de elaborar una regla que anticipe cada circunstancia que surgirá y de encontrar palabras que correspondan precisamente a las situaciones exactas en las que la regla debería aplicarse.

Así, el instrumentalista sostiene que el esfuerzo formalista por formular el derecho en términos de reglas generales es inherentemente defectuoso porque casi siempre conduce a disyunciones entre el lenguaje y la política del derecho. Las normas flexibles permiten al tribunal tener en cuenta circunstancias especiales no contempladas por una norma más rígida y así evitar una inclusión excesiva o insuficiente.

La diferencia entre formalismo e instrumentalismo puede ilustrarse con una regla hipotética que requiere que todas las personas caminen por el lado izquierdo de la carretera.[7] El formalismo requeriría que la regla se aplicara de manera que se descubriera que alguien que caminaba por el lado derecho estaba violando la regla, independientemente del motivo. De esta manera, todas las personas reciben un trato uniforme y todos pueden actuar bajo el supuesto de que los peatones caminarán por el lado izquierdo de la carretera. Si se encuentra a un peatón en el lado derecho de la carretera, el tribunal puede determinar, sin una investigación difícil, que el peatón fue un malhechor.

Sin embargo, surge un problema cuando el tráfico es muy intenso por el lado izquierdo de la vía y muy ligero por el derecho, de modo que caminar por el lado de la vía prohibido por la norma es realmente más seguro. La norma es demasiado inclusiva porque exige caminar por el lado izquierdo de la carretera cuando la política subyacente a la norma, la seguridad pública, no exige ese resultado. La norma también es poco inclusiva porque no exige caminar por el lado derecho de la carretera cuando la seguridad pública exige ese resultado.

La posición formalista es que permitir que el peatón se desvíe de la letra de la regla anularía las ventajas de una regla uniforme y predecible. La posición instrumentalista, por el contrario, es que es absurdo que una llamada regla de seguridad exija al peatón que realice una acción insegura y lo castigue por promover la política subyacente a la regla. Es por esta razón que los instrumentistas a menudo formulan la ley como una norma flexible y no como una regla rígida. Por ejemplo, un instrumentista podría proponer que la ley se

reformule como una norma que exija que todos los peatones simplemente caminen con seguridad. Por lo tanto, el peatón siempre puede actuar para promover la política detrás de la ley, ya sea que eso signifique caminar por el lado izquierdo o derecho de la carretera.

Una norma tan flexible, a diferencia de una regla rígida, no prescribe los hechos exactos bajo los cuales surge un derecho o deber, pero permite al tribunal considerar cualquier hecho relevante para la política de seguridad subyacente. Al permitir que el tribunal tenga en cuenta circunstancias especiales, las normas permiten un resultado justo en casos particulares. Sin embargo, las normas pueden hacer que sea más difícil para los automovilistas anticipar el lado de la calle por el que caminarán los peatones y para los peatones determinar en qué lado de la calle la ley les exige caminar. También requiere una investigación más compleja para determinar si el peatón actuó de acuerdo con la ley que en el caso de una norma rígida. Por tanto, las normas pueden llevar a la percepción de que la ley no es uniforme ni predecible.

Si el formalismo está sujeto a la acusación de que las reglas rígidas son excesivamente inclusivas o insuficientemente inclusivas, el instrumentalismo está sujeto a la crítica opuesta: que socava la uniformidad y la previsibilidad de la ley, permitiendo a los tribunales decidir los casos de acuerdo con las preferencias personales, en lugar de lo prescrito por la ley. . Por lo tanto, se dice que el instrumentalismo produce injusticia al apartarse de la norma de igualdad de justicia ante la ley y al frustrar la dependencia de las partes de un régimen legal estable. Su imprevisibilidad desalienta la inversión, aumenta los costos de transacción y fomenta los litigios, todo lo cual resulta en el uso ineficiente de los recursos.

Los formalistas tienden a responder a los problemas de inclusión excesiva o insuficiente, es decir, a situaciones en las que el lenguaje y la política de una regla no son coextensivos, de varias maneras diferentes. Una es generar una serie de subreglas que creen excepciones a la regla general. Por ejemplo, la norma que exige que los peatones caminen por el lado izquierdo de la calle podría incluir una excepción en las horas pico, cuando puede haber mucho tráfico en una dirección y poco tráfico en la otra. Sin embargo, la creación de una excepción socava cualquier afirmación de que la regla debe permanecer absoluta y conduce a demandas de que se creen otras excepciones para abordar otros problemas de inclusión excesiva o insuficiente. La proliferación interminable de excepciones socava la previsibilidad de la regla porque la gente nunca puede estar segura de cuándo se puede crear una nueva excepción y porque, a medida que la estructura de las reglas se vuelve más compleja, aumenta la probabilidad de que alguien malinterprete el complejo edificio o que la elaborada estructura creará brechas no deseadas o los conflictos serán mayores. La existencia de numerosas excepciones impide también la uniformidad en la aplicación de la norma.

Además, las excepciones mismas serán excesivas o insuficientemente inclusivas, con el resultado de que los problemas creados por la regla general simplemente se trasladan a la subregla. Por ejemplo, la excepción para el tráfico en las horas pico sería excesivamente inclusiva en días festivos, cuando el tráfico no sigue el patrón habitual de las horas pico. Se podría crear una excepción a la excepción para los días festivos, pero ciertos días festivos

no se observan ampliamente y otros días que no son feriados legales pueden ser observados por un gran número de personas, con el resultado de que la excepción a la excepción podría ser en sí misma excesiva o insuficientemente inclusiva. .

A medida que proliferan las excepciones y calificaciones, se pierden las ventajas del formalismo. Es decir, un conjunto de reglas que busca abordar categorías cada vez más estrechas de casos comienza a adquirir las características de un enfoque instrumentalista: rechaza la previsibilidad y la uniformidad en favor de alcanzar el resultado correcto en cada caso particular. De hecho, si el cuerpo de reglas se vuelve demasiado complejo y detallado, en última instancia puede haber una reacción que conduzca al abandono de toda la estructura en favor de una norma única que, al igual que el complejo cuerpo de reglas, permita el mejor resultado en cada caso.

Otra forma de abordar la disyunción entre el lenguaje y la política de la norma es interpretar la norma de manera que no se aplique de la manera que la mayoría de la gente esperaría. Esto impide que la norma derrote la política subyacente, pero socava la previsibilidad y la uniformidad de la norma al ignorar su significado simple y genera cinismo sobre un sistema legal que parece manipular las reglas.

Al final, la posición formalista central es que las reglas son defendibles si producen el mejor resultado en la mayoría de los casos. Cierto grado de inclusión excesiva o insuficiente, aunque lamentable, se justifica por la uniformidad y previsibilidad atribuible a las reglas. Por el contrario, los instrumentistas buscan obtener el mejor resultado en cada caso, incluso a costa de la uniformidad y la previsibilidad.

Los formalistas, entonces, organizan los fenómenos en categorías amplias, cuyos miembros están sujetos a reglas generales. Es decir, los formalistas buscan universalizar los fenómenos, considerar cada situación como representativa de un tipo general, exigiendo que sean tratadas como situaciones del mismo tipo.

Los instrumentalistas, por el contrario, sitúan los fenómenos en categorías de uno. Es decir, buscan particularizar los fenómenos, considerar cada situación como única, exigiendo que sea tratada individualmente de manera que impulse las políticas pertinentes. En la medida en que consideran las situaciones como únicas, los instrumentistas pueden conceptualizar las situaciones como si cayeran a lo largo de un continuo en lugar de categorías grandes y claramente definidas.

Debido a su abstracción y la tendencia que la acompaña hacia una inclusión excesiva o insuficiente, el razonamiento formalista a menudo es criticado como artificial y superficial.

La artificialidad es atribuible al divorcio del formalismo con la política, de modo que en casos extremos sus reglas o categorías pueden servir para poco más que su propia existencia. Por lo tanto, a veces se hace referencia a las distinciones como formales cuando parecen no estar relacionadas con el fomento de ninguna política relevante. O bien, los abogados se referirán a algún acto o situación como existente en la forma (pero no en el fondo) cuando se han cumplido las reglas mecánicas que definen el acto o la situación, pero no se ha impulsado la política que atribuye importancia al acto o la situación.

Por ejemplo, supongamos que un gobernador firma una legislación por error, creyendo que el proyecto de ley es una legislación diferente. Un abogado podría caracterizar la

aprobación del gobernador como formal porque el gobernador cumplió con todos los requisitos mecánicos para su aprobación, aunque la política que justifica requerir la aprobación del gobernador (la política de que un proyecto de ley no debe convertirse en ley a menos que tanto el poder legislativo como el ejecutivo del gobierno acuerdo del gobierno) no fue promovido por la firma. Los abogados dirán, en tales circunstancias, que dar efecto a la firma del gobernador es exaltar la forma sobre el fondo, lo que significa aplicar las reglas sin tener en cuenta las políticas subyacentes.

La superficialidad del formalismo es atribuible a su nivel de abstracción, de modo que las consecuencias jurídicas giran en torno a cada vez menos hechos y, por tanto, pueden estar divorciadas de la realidad. Por ejemplo, el concepto de igualdad a veces se denomina igualdad formal cuando las personas en cuestión son iguales sólo en aspectos superficiales, como cuando se dice que un hombre rico y un hombre pobre son iguales en un tribunal de justicia. En su extremo, el formalismo puede en última instancia producir un régimen de derecho separado de valores o hechos, consistente simplemente en reglas y categorías autorreferenciales que no son ni buenas ni verdaderas.

El instrumentalismo, debido a su examen no estructurado de las consecuencias, a menudo es criticado como un método de razonamiento más político que jurídico. En su extremo, el instrumentalismo produce una serie de decisiones ad hoc que parecen simplemente cumplir los propósitos de quien toma las decisiones individualmente. La distinción entre adjudicación y legislación desaparece y, con ella, el concepto de Estado de derecho.

Mientras que los formalistas deben abordar el exceso y la falta de inclusión de las reglas rígidas, los instrumentalistas deben abordar la naturaleza ad hoc de los estándares flexibles o las interpretaciones de las reglas impulsadas por políticas. Los instrumentalistas a menudo intentan aportar cierto grado de uniformidad y previsibilidad a la adjudicación desarrollando conjuntos de presunciones o máximas que reflejan la manera en que se han decidido casos pasados y que brindan cierta orientación al abogado. A medida que estas presunciones y máximas proliferan y se aplican con cierta frecuencia, pueden comenzar a adquirir el carácter de reglas, volviéndose más concluyentes y, por tanto, más rígidas en su aplicación. Así, así como la necesidad del formalismo de evitar una inclusión excesiva o insuficiente puede empujarlo hacia el instrumentalismo, la necesidad del instrumentalismo de proporcionar uniformidad y previsibilidad puede empujarlo hacia el formalismo. Ninguna de las teorías por sí sola parece ofrecer un método de adjudicación completamente adecuado.

El formalismo se asocia con teorías objetivistas de la interpretación, mientras que el instrumentalismo se asocia con teorías subjetivistas. Los objetivistas interpretan una regla o situación desde la perspectiva de alguna persona ideal o generalizada, mientras que los subjetivistas la interpretan desde la perspectiva de individuos reales y particulares. Por ejemplo, un objetivista interpretaría una palabra en un contrato desde la perspectiva de una hipotética “persona razonable”, mientras que un subjetivista interpretaría la palabra desde la perspectiva de las partes particulares del contrato. Así, el objetivismo (como el formalismo y las reglas) generaliza los fenómenos y el subjetivismo (como el instrumentalismo y las normas) los particulariza.

Los argumentos a favor y en contra del objetivismo y el subjetivismo reflejan, por tanto, los argumentos a favor y en contra del formalismo y el instrumentalismo. El objetivismo proporciona uniformidad y previsibilidad, pero puede ser demasiado o insuficientemente inclusivo, mientras que el subjetivismo presenta la situación opuesta.

Aunque el formalismo está asociado con reglas y objetivismo, y el instrumentalismo está asociado con estándares y subjetivismo, en la práctica estas diferentes teorías o enfoques pueden aparecer en una variedad de permutaciones. El mismo deseo de uniformidad y previsibilidad que empuja al derecho hacia el formalismo también lo empuja hacia las reglas y el objetivismo, y el mismo deseo de obtener el resultado correcto en cada caso que empuja al derecho hacia el instrumentalismo también lo empuja hacia las normas y el subjetivismo.

Sin embargo, así como la ley alterna entre dar primacía a la comunidad y dársela al individuo y alterna entre naturalismo y positivismo en diferentes contextos y en diferentes niveles de generalidad, también vacila entre enfoques asociados con el formalismo y aquellos asociados con el instrumentalismo en diferentes contextos. contextos y en diferentes niveles de generalidad. Las reglas rígidas pueden estar matizadas por subreglas que incorporen estándares flexibles. Los estándares pueden definirse mediante pruebas objetivas en algunas situaciones y mediante pruebas subjetivas en otras. Los conflictos políticos asociados con el formalismo y el instrumentalismo nunca se resuelven por completo.

b. Aplicación a la interpretación legal

La tensión entre formalismo e instrumentalismo ha sido de particular importancia en el desarrollo de teorías de interpretación legal. El formalismo generalmente se asocia con una teoría textualista de la interpretación, es decir, la interpretación mediante el examen del texto únicamente.

El uso de una teoría textualista de la interpretación se defiende sobre la base de que el texto de una ley es todo lo que fue adoptado por el legislativo. Desde este punto de vista, los intentos de discernir alguna intención subyacente son especulativos y permiten al intérprete introducir preferencias personales con el pretexto de hacer cumplir la intención subyacente. Debido a que vincula la interpretación con el lenguaje concreto de una página, a menudo se afirma que el textualismo es el método de interpretación más seguro. Las interpretaciones textualistas también aseguran que aquellos a quienes se aplica la ley no serán penalizados por haber confiado en el significado aparente de la ley.

El textualismo es criticado sobre la base de que el lenguaje puro de una norma es a menudo, si no siempre, indeterminado y que la interpretación no es posible sin hacer al menos algunos supuestos mínimos sobre la política subyacente de la ley. Así, continúa la crítica, la supuesta certeza de las interpretaciones textualistas es una ilusión que enmascara el hecho de que el tribunal ha proporcionado significado a los términos del texto. El textualismo puede limitar el rango de interpretaciones posibles, pero no puede ayudar a elegir entre las que son permisibles. Por tanto, según los críticos, el textualismo no

proporciona una teoría completa de la interpretación. Al menos en algunos casos es necesario recurrir a teorías de interpretación no textualistas.

Sin embargo, el textualismo parece gozar actualmente de un mayor grado de legitimidad entre los tribunales que otras teorías. Los tribunales comúnmente comienzan su interpretación de una ley con su texto, y la "regla de oro" de la interpretación textual, analizada en el capítulo 2, establece que si el significado del texto es claro, la interpretación de la ley ha llegado a su fin. Incluso cuando un tribunal se basa en fuentes no textuales, a menudo minimiza el papel de esas fuentes o las trata como si simplemente confirmaran el texto.

El instrumentalismo generalmente se asocia con una serie de diferentes teorías de interpretación, que se distinguen por la fuente de la política subyacente. Estas teorías se identifican aquí como intencionalismo, intencionalismo y no originalismo.

El intencionalismo es la teoría de que una ley debe interpretarse de manera que promueva la intención de quienes la redactaron, y permite examinar la historia de la ley, incluidas las declaraciones de los legisladores, para discernir esa intención. En otras palabras, el intencionalismo busca mirar más allá del texto del estatuto para determinar la intención.

El intencionalismo está sujeto a una serie de críticas. En primer lugar, el expediente puede guardar silencio porque la cuestión no fue anticipada (y por lo tanto los redactores no tenían ninguna intención al respecto) o porque la única manera de obtener un consenso era permanecer deliberadamente vago acerca del efecto pretendido por la ley. Es posible que algunos legisladores no hayan tenido ninguna intención, sólo motivos, como ser reelegidos o devolver un favor a otro legislador. Es posible que otros legisladores hayan votado por una ley a la que se oponían, con la esperanza de evitar la promulgación de una medida más extrema o, si esta ley fuera la medida extrema, con la esperanza de provocar una reacción popular o un desafío constitucional que una medida menos extrema no habría desencadenado. La historia será parcial, porque ciertamente no existirán registros completos de cada incidente relevante que conduzca a la promulgación de la ley. Puede ser engañoso, porque algunas expresiones de intención legislativa pueden haber representado la posición de sólo unos pocos de los que votaron sobre el estatuto o porque los legisladores opuestos a la legislación pueden haber tenido un comportamiento estratégico, insertando comentarios en el acta, con la esperanza de influir más adelante. interpretaciones del estatuto incompatibles con la intención de sus partidarios. Y, por supuesto, incluso en circunstancias ideales, todos los relatos históricos están moldeados por la perspectiva del historiador. El problema de inferir la intención se ve agravado por el hecho de que el estatuto probablemente fue un compromiso entre intereses en conflicto y, por tanto, entre intenciones en competencia.

Debido a estas dificultades, algunos instrumentistas propusieron una teoría intencional de la interpretación en la que una ley se interpreta de manera que promueva su propósito ostensible. El intencionalismo se distingue del intencionalismo en que evita investigar las mentes de los redactores y mira el objeto aparente de la ley. Por ejemplo, el intencional puede preguntar simplemente cuál era el daño que existía cuando se adoptó la ley, suponiendo que el propósito de la ley era remediar el daño. En cierto sentido, el

intencionalismo es una teoría objetivista de la intención, mientras que el intencionalismo es una teoría subjetivista. El intencional evita todas las difíciles cuestiones empíricas que surgen respecto de los pensamientos reales de los legisladores y se fija simplemente en el lenguaje y el marco de la ley para determinar el propósito que parece cumplir.

El intencionalismo también ha sido objeto de críticas. Al divorciar la interpretación de la intención real de los redactores, el intencionalismo parece autorizar al intérprete a inferir casi cualquier propósito que pueda conciliarse con el lenguaje del estatuto. Además, cuanto más amplia sea la gama de circunstancias a partir de las cuales el intérprete puede inferir el propósito, menos restrictiva será la interpretación intencional. Al mismo tiempo, si el intencionalismo busca restringir la interpretación limitando el rango de circunstancias a partir de las cuales se puede inferir el propósito al texto de la ley, entonces el intencionalismo parece agregar muy poco al textualismo. Es decir, bajo una versión textual del intencionalismo, el intérprete inferirá que el propósito del estatuto es hacer lo que el estatuto parece hacer. Sin embargo, determinar qué hace el estatuto es precisamente la cuestión que debe resolverse. Por lo tanto, al utilizar el lenguaje del estatuto para determinar su propósito, uno termina donde comenzó: con el lenguaje del estatuto.

El intencionalismo también adolece de un error al suponer que una ley tiene un único propósito o un conjunto de propósitos consistentes. De hecho, los estatutos representan compromisos entre múltiples propósitos en conflicto. Al aplicar una ley, un tribunal debe decidir cuál de estos propósitos promoverá a expensas de los demás. Sin embargo, dado que el estatuto fue redactado de manera que cumpliera todos los propósitos en cierta medida, el tribunal no tiene base para decidir en qué medida uno de los propósitos prevalecerá sobre los demás en futuras aplicaciones del estatuto a situaciones imprevistas. circunstancias.

El no originalismo es una teoría de la interpretación que recibe su nombre del hecho de que no se basa en la intención o propósito original detrás de la ley. Más bien, interpreta una regla de acuerdo con alguna otra fuente de política, como los valores comunitarios contemporáneos. El mérito del no originalismo es que evita todos los problemas empíricos asociados con el intento de identificar una intención o propósito auténtico subyacente a una ley. También permite que el idioma se interprete de una manera que produzca el mejor resultado.

El no originalismo, sin embargo, es quizás el método de interpretación menos legítimo en la mente de muchos jueces contemporáneos. La principal crítica es que parece conceder al intérprete una discreción prácticamente total para elegir la política que desea promover. Los críticos afirman que el no originalismo no es, de hecho, interpretación en absoluto, sino legislación judicial disfrazada de interpretación.

Los defensores del no originalismo señalan todas las indeterminaciones asociadas con el textualismo, el intencionalismo y el intencionalismo y argumentan que todas las formas de interpretación permiten que el intérprete haga leyes. Afirman que el no originalismo tiene la virtud de autorizar explícitamente una interpretación que es deseable por motivos sustantivos. También sostienen que es el método de interpretación más sincero porque no

busca ocultar las decisiones políticas del intérprete detrás de una fachada del significado claro del texto, la intención de los redactores o el propósito de la ley.

En cualquier caso, el no originalismo es una teoría de interpretación aplicada principalmente a la Constitución, más que a las leyes ordinarias. En primer lugar, debido a que las leyes generalmente no son tan antiguas como la Constitución, los problemas asociados con la identificación de la intención de sus redactores son a menudo menos graves que en el caso de una Constitución redactada hace más de doscientos años. En segundo lugar, las leyes pueden derogarse o modificarse con bastante facilidad si se determina que producen un resultado indeseable, mientras que la Constitución está destinada a perdurar permanentemente y es difícil de modificar. En consecuencia, la justificación para una interpretación evolutiva de la Constitución es mayor que la justificación para una interpretación evolutiva de una ley. Por lo tanto, aunque el significado de la Constitución ha evolucionado con el tiempo a la luz de los cambios en la comprensión de las buenas políticas, pocos jueces interpretarían una ley de esa manera. Los jueces pueden negarse a interpretar una ley de manera que produzca un resultado absurdo. Incluso en ese caso, sin embargo, adoptarán la posición de que la legislatura nunca habría pretendido un resultado absurdo y, por lo tanto, simplemente están actuando de acuerdo con la intención de la legislatura, aunque no exista evidencia de la intención real de la legislatura.

II. SÍNTESIS DE POLÍTICAS

Después de que el abogado, a través del análisis de políticas, haya identificado las políticas que respaldan cada resultado posible, puede intentar desarrollar un argumento más sofisticado o convincente sintetizando las políticas. Esto requiere determinar la relación que cada política tiene con las demás.

La relación entre dos políticas puede determinarse examinando su relación en teoría o su relación en sus consecuencias. Dependiendo del criterio utilizado, teoría o consecuencias, las políticas pueden tener una relación diferente. Por lo tanto, la discusión comienza con la consideración de cómo las políticas podrían estar relacionadas en teoría, seguida por la consideración de cómo podrían estar relacionadas en sus consecuencias.

A. La relación teórica entre políticas

Como se analizará en el capítulo 11, el sistema jurídico estadounidense se basa en un conjunto de dualismos que fueron característicos de la filosofía liberal de la Ilustración. En filosofía política, el dualismo era la comunidad (o su órgano, el Estado) y el individuo. En metafísica, fue realismo y nominalismo. En epistemología, fue el racionalismo y el empirismo.

Cada uno de estos tres dualismos puede reformularse en un nivel superior de generalidad como un dualismo de lo universal y lo particular. Lo universal está representado por el realismo, el racionalismo y la comunidad. Lo particular está representado por el nominalismo, el empirismo y el individuo.

Muchos de los conflictos de políticas en el derecho estadounidense son simplemente casos más específicos de uno de estos tres dualismos o, en un nivel muy alto de abstracción, del dualismo básico de lo universal y lo particular.

Los primeros cuatro conflictos de políticas discutidos en la primera sección de este capítulo, por ejemplo, son casos específicos del dualismo político de la comunidad y el individuo. Las políticas de mayoritarismo, paternalismo, eficiencia y utilitarismo otorgan una primacía relativa a la comunidad, mientras que el individualismo, la autonomía, la justicia y la teoría de los derechos otorgan una primacía relativa al individuo. El mayoritarismo da primacía a la voluntad de la comunidad, mientras que el individualismo da primacía a la voluntad del individuo. El paternalismo, aunque pretende proteger la libertad individual, reserva a la comunidad la prerrogativa de definir las condiciones de la libertad. La autonomía, por el contrario, rechaza la supervisión comunitaria de elección privada. La ley busca justicia por preocupación por los individuos, pero busca eficiencia para asegurar la prosperidad de la comunidad. El utilitarismo define la justicia según el bienestar de la comunidad, pero la teoría de los derechos favorece el bienestar del individuo. El dualismo político de la comunidad y el individuo reaparece así de manera omnipresente en casi todos los aspectos de la doctrina jurídica estadounidense en múltiples niveles de generalidad. Los partidarios de cada una de las políticas que otorgan primacía a la comunidad buscan universalizar el ejercicio del poder, mientras que los defensores de las políticas que otorgan primacía al individuo buscan particularizarlo.

El conflicto entre naturalismo y positivismo es un caso específico del dualismo metafísico de realismo y nominalismo. El dualismo metafísico aborda así la cuestión de la naturaleza del derecho. El naturalismo, como forma de realismo, sostiene que las leyes tienen existencia ontológica. Universaliza el derecho como un fenómeno válido para todas las sociedades en todo momento. El positivismo, como forma de nominalismo, sostiene que las leyes son meras creaciones humanas. Particulariza el derecho como un fenómeno que es producto de una sociedad particular en un momento particular.

El conflicto entre formalismo e instrumentalismo es un caso específico del dualismo epistemológico del racionalismo y el empirismo. El dualismo epistemológico aborda la cuestión de la naturaleza de la adjudicación. El formalismo, como el racionalismo, se basa

en el método de la razón y funciona deduciendo conclusiones a partir de principios universales. El instrumentalismo, como el empirismo, se basa en el método de la experiencia. Por lo tanto, los casos se deciden individualmente y no categóricamente, mediante el intento de determinar qué medios en una situación particular servirían mejor a los fines relevantes. En otras palabras, los instrumentistas buscan particularizar cada caso, tratar cada caso como si perteneciera únicamente a una categoría de uno.

En resumen, varios conflictos políticos, en niveles moderadamente altos de generalidad, representan elecciones entre teorías políticas, metafísicas y epistemológicas. Además, las teorías políticas, metafísicas y epistemológicas en competencia, en un nivel aún más alto de generalidad, representan los polos opuestos del dualismo de lo universal y lo particular.

Esta tesis proporciona una base para evaluar la relación teórica entre muchas políticas diferentes. Dos políticas cualesquiera pueden ser consistentes porque representan el mismo polo de un dualismo, o pueden oponerse porque representan polos opuestos de un dualismo.

La relación entre los diversos conjuntos de políticas opuestas analizadas en la primera sección del capítulo se puede diagramar de la siguiente manera:

	Universal	**Particular**
Política	Comunidad	Individual
	(Mayoritarismo)	(Individualismo)
	(Paternalismo)	(Autonomía)
	(Eficiencia)	(Justicia)
	(Utilitarismo)	(Teoría de los derechos)
Metafísica	Realismo	Nominalismo
	(La Ley natural)	(Positivismo)
Epistemología	Racionalismo	Empirismo
	(Formalismo)	(Instrumentalismo)
	-Normas	—Estándares
	—Objetivismo	-Subjetivismo

Las opiniones judiciales a menudo ni siquiera buscan ser consistentes en teoría en altos niveles de generalidad. Por ejemplo, el instrumentalismo y el utilitarismo suelen estar asociados entre sí, al igual que el formalismo y el positivismo, así como el derecho natural y los derechos individuales, a pesar de que cada uno de estos pares se basa en columnas opuestas del diagrama.

Las inconsistencias en la teoría en altos niveles de generalidad son de poca o ninguna preocupación para un tribunal. De hecho, para ir un paso más allá, es prácticamente

inevitable que una decisión judicial sea inconsistente en teoría en algún nivel de generalidad. O, para reafirmar la afirmación, las decisiones judiciales no pueden tomar todas las decisiones políticas a favor del mismo polo del dualismo de lo universal y lo particular.

La incapacidad de descansar consistentemente en el mismo polo del dualismo de lo universal y lo particular refleja una paradoja subyacente al liberalismo de la Ilustración. La paradoja es que cualquiera de los polos de estos tres dualismos, si se lleva hasta su conclusión lógica, es en última instancia destructivo de sí mismo.

En política, la libertad individual, llevada al extremo, conduce a la anarquía y la tiranía de los fuertes sobre los débiles. La libertad individual sólo puede garantizarse mediante el poder del Estado. El poder estatal, por el contrario, llevado al extremo, conduce a una sociedad completamente totalitaria en la que los individuos no tienen libertad ni valor y, por tanto, no tienen interés en preservar el Estado.

En metafísica, ser extremadamente realista y afirmar que cada regla es eternamente fija y absoluta elimina la posibilidad de cambio o de resolución de conflictos entre absolutos aparentemente en conflicto. Sin embargo, ser un nominalista extremo y afirmar que toda regla es contingente y constantemente mutable reduce el derecho a un conjunto de decisiones arbitrarias ad hoc. En cualquier caso, el derecho pierde la capacidad de funcionar como derecho.

En epistemología, ser un formalista extremo y establecer reglas al más alto nivel posible de generalidad hace que las reglas sean incapaces de determinar cualquier situación y, por lo tanto, ineficaces. Sin embargo, enunciar cada regla en el nivel más bajo de generalidad impediría que cualquier regla rija más que la situación precisa para la cual fue formulada y, de manera similar, la haría incapaz de determinar cualquier situación futura.

Esta paradoja se ha reflejado en cada uno de los conflictos de políticas descritos anteriormente, bajo el título “Conflictos de políticas específicas”. Las tensiones entre la teoría de los derechos y el utilitarismo, por ejemplo, o entre el naturalismo y el positivismo o el formalismo y el instrumentalismo, se describieron como incapaces de una resolución total y definitiva. Los tribunales eligen la teoría de los derechos un día y el utilitarismo al día siguiente. Deciden un caso sobre bases puramente formales sin ninguna referencia a la política y deciden el siguiente caso enteramente sobre bases de política.

Esta paradoja reiterada es simplemente que adherirse a políticas o fines que son completamente consistentes como cuestión de teoría produce consecuencias que son contrarias a esos mismos fines. La libertad total conduce a la anarquía y la dominación. El control total conduce al colapso. El formalismo extremo, así como el instrumentalismo extremo, producen una indeterminación total.

La paradoja se aborda como una cuestión práctica mediante un compromiso. El sistema legal no sigue ninguna política de manera consistente o hasta su extremo lógico. Más bien, la doctrina jurídica es el producto de una serie de compromisos que producen las consecuencias deseadas pero que son teóricamente inconsistentes. No pueden ser de otra manera.

Las inconsistencias analizadas en esta subsección se encontraban en su mayor parte en niveles muy altos de generalidad, en niveles que serían de poca o ninguna preocupación para un tribunal. Sin embargo, la inconsistencia teórica tampoco es infrecuente en niveles muy bajos de generalidad. Los capítulos 7 y 8, por ejemplo, analizan una serie de áreas del derecho en las que los tribunales han favorecido una política al adoptar una regla pero han preferido la política opuesta al adoptar definiciones o limitaciones de esa misma regla. Es muy probable que cualquier conjunto de reglas abarque simultáneamente políticas que están en conflicto directo, como cuestión teórica, en niveles muy bajos de generalidad. La cuestión aquí, sin embargo, es que si el conflicto no aparece en un nivel bajo de generalidad, es prácticamente seguro que aparecerá en un nivel alto.

Es decir, las decisiones judiciales inevitablemente se basan en una inconsistencia teórica en algún nivel de generalidad. Simultáneamente adoptan políticas que representan polos contradictorios de los diversos dualismos afines. La ley nunca será internamente consistente. Siempre descansará en políticas que apoyen resultados opuestos en cualquier caso particular.

La inconsistencia teórica, en cualquier caso, proporciona al abogado una base para criticar la coherencia interna del argumento del abogado contrario. Por ejemplo, si el adversario se basa en políticas de individualismo y eficiencia para respaldar el argumento de que un contrato debe cumplirse tal como está escrito, el abogado puede señalar la inconsistencia de la eficiencia con el individualismo y así poner en duda la coherencia última de la posición del adversario. con el individualismo. Si el tribunal está más comprometido con el individualismo que con la eficiencia como cuestión filosófica, la capacidad del abogado para caracterizar la posición del adversario como basada en la eficiencia y antiindividualista puede resultar en el rechazo del argumento del adversario por parte del tribunal.

B. La relación en consecuencia entre las políticas

Decidir casos mediante juicios políticos es una práctica inherentemente consecuencialista. En otras palabras, al abogado le preocupa principalmente encontrar el resultado que tenga la mejor consecuencia, es decir, que produzca el mayor beneficio político, en lugar del resultado que sea internamente consistente como cuestión de teoría.

Aunque la relación teórica entre políticas es fija, la relación entre políticas medida por sus consecuencias no lo es. Algunas políticas pueden ser consistentes en sus consecuencias en un caso pero opuestas en el siguiente. Por ejemplo, promover la eficiencia en una situación puede requerir una política individualista, mientras que en la siguiente situación puede requerir una política mayoritaria. Así, el proceso de sintetizar políticas con respecto a sus consecuencias requiere determinar la relación en consecuencia entre varias políticas en una situación dada.

En una situación particular, dos políticas cualesquiera pueden tener cualquiera de tres relaciones con respecto a sus consecuencias. Pueden ser consistentes, opuestos o independientes en sus consecuencias.

1. POLÍTICAS CONSISTENTES

Dos políticas pueden ser consistentes entre sí en sus consecuencias en una situación particular; es decir, ambas políticas pueden verse impulsadas por el mismo resultado. Por lo tanto, ambas políticas respaldan el argumento de que ese resultado es correcto.

Por ejemplo, un abogado de una tienda de electrodomésticos que intenta decidir si un tribunal hará cumplir un contrato de venta severo entre la tienda y un consumidor puede realizar un análisis de políticas y determinar que al menos tres políticas respaldan la posición de su cliente de que el término severo debería ser aplicado. En primer lugar, la aplicación del contrato promovería la política de autonomía, porque daría efecto a las decisiones tomadas por las partes cuando celebraron el contrato a pesar de su poder de negociación desigual. En segundo lugar, la ejecución del contrato promovería la política de eficiencia, porque cualquier otro resultado alentaría los litigios por parte de los consumidores que buscan evitar acuerdos de los que luego se arrepintieran y podría exigir que la tienda aumentara los precios a todas las partes para pagar el litigio. En tercer lugar, la ejecución del contrato promovería la política de interpretación textualista (formalismo), porque respetaría el lenguaje del acuerdo tal como está escrito sin investigar lo que las partes podrían haber pretendido o pensado en secreto.

Las tres políticas son consistentes en sus consecuencias en este caso. Al argumentar el caso de este cliente, el abogado puede confiar en los argumentos estándar que normalmente respaldan cada una de estas opciones políticas.

Los abogados encuentran que ciertas políticas parecen ser consistentes en sus consecuencias en la gran mayoría de los casos, o al menos son ampliamente percibidas como tales. Por ejemplo, muchos abogados creen que las reglas formales son más seguras y,

por tanto, más eficientes que las normas instrumentalistas. Es decir, se cree que el formalismo y la eficiencia son generalmente consistentes en sus consecuencias. Por lo tanto, los argumentos a favor de cualquiera de estas políticas se superponen con los argumentos a favor de la otra. De manera similar, a menudo se dice que el individualismo es consistente en sus consecuencias con la eficiencia. Esta visión se basa en el supuesto de que permitir que los particulares negocien sus propios acuerdos a través del mercado suele conducir al resultado más eficiente.

La utilidad de esta idea es que puede facilitar el proceso de desarrollar argumentos a favor de una posición particular. Una vez que el abogado se da cuenta de que el cliente ha adoptado una posición formalista, la conciencia de que a menudo se piensa que el formalismo es consistente con la eficiencia lo llevará a pensar inmediatamente en esa política como un apoyo potencial a la posición de su cliente.

2. POLÍTICAS OPUESTAS

Dos políticas pueden tener consecuencias opuestas en una situación particular. Es decir, el resultado que promueve una política impediría la otra. Por lo tanto, una política respaldaría la determinación de que un resultado particular es correcto, mientras que la política opuesta respaldaría la determinación de que es incorrecto.

Los abogados encuentran que ciertas políticas parecen tener consecuencias opuestas en un gran número de casos, o al menos son ampliamente percibidas como tales. Este fenómeno puede facilitar el proceso de anticipación de argumentos en contra de una posición particular. Después de identificar las políticas que respaldan la posición del cliente, el abogado puede anticipar que es muy probable, si no seguro, que las políticas comúnmente opuestas apoyen la posición del adversario.

El abogado de la tienda de electrodomésticos, por ejemplo, habiendo identificado la autonomía, la eficiencia y el formalismo como políticas que apoyan la posición del cliente, puede anticipar que es probable que el adversario plantee los argumentos estándar basados en el paternalismo, la justicia y el instrumentalismo. Por ejemplo, debido a que la política opuesta del paternalismo se basa en el supuesto de que las partes privadas se dominan entre sí, el abogado puede anticipar que el adversario puede cuestionar si el consumidor celebró el contrato libre y conscientemente.

Una característica de un abogado creativo es la capacidad de reunir tantos argumentos políticos del lado del cliente como sea posible. Un argumento particularmente fuerte es aquel que demuestra que dos políticas que a menudo son opuestas en teoría o en sus consecuencias (como la eficiencia y la justicia) conducen al mismo resultado. [8] Este argumento es especialmente fuerte porque el abogado, al encontrar apoyo en ambas políticas, de hecho ha neutralizado uno de los argumentos potenciales contra la posición del cliente.

3. POLÍTICAS INDEPENDIENTES

Dos políticas pueden operar independientemente una de otra en consecuencia en una situación particular. Es decir, el resultado que promueve una política no necesariamente promoverá o impedirá la otra política.

Por ejemplo, supongamos que un abogado representa al vecino de un intérprete de tuba que insiste en tocar la tuba en un edificio de apartamentos a altas horas de la noche. A través del análisis de políticas, el abogado determina que la posición del cliente está respaldada por una política de utilitarismo: la mayor felicidad para la mayor cantidad de personas resultaría de restringir las horas durante las cuales el intérprete de tuba puede tocar.

En esa situación, la política del utilitarismo puede operar independientemente de las políticas asociadas con el formalismo y el instrumentalismo. Las posibilidades de que el vecino prevalezca son, por lo tanto, las mismas independientemente de si el tribunal se inclina en este caso a adoptar un enfoque formalista o instrumentalista. Un tribunal formalista, persuadido por el argumento utilitario del abogado, podría imponer una regla rígida, como por ejemplo que el intérprete de tuba no pueda tocar después de las nueve. Un tribunal instrumentista, persuadido por el argumento utilitarista del abogado, podría elaborar un estándar flexible, como el requisito de que el intérprete de tuba no toque a una hora irrazonable de la noche.

III. SOLICITUD DE POLÍTICA

A. La técnica de decidir

Como se explica en el capítulo 5, los tribunales utilizan políticas para resolver casos de la manera que creen que producirá el mayor beneficio político. Determinar cómo lograr este resultado requiere que el abogado haga dos tipos de juicios: el primero sobre la importancia relativa de las políticas y el segundo sobre la relación entre fines y medios.

Como cuestión inicial, el abogado, a través del análisis y la síntesis de políticas, identifica las políticas que respaldan cada resultado. Luego, el abogado intenta determinar los beneficios que cada resultado posible produciría al promover las políticas de apoyo, al mismo tiempo que intenta determinar el costo que cada resultado posible produciría al impedir las políticas opuestas. Si un resultado promovería las políticas de apoyo más de lo que obstaculizaría las políticas opuestas, entonces, suponiendo que todas las políticas fueran igualmente importantes, el resultado sería deseable.

El problema, sin embargo, es que no todas las políticas son igualmente importantes. En cualquier momento dado de la historia, en cualquier tribunal, se prefieren ciertas políticas. Por lo tanto, es muy probable que el tribunal decida que el resultado que promueve las políticas preferidas es correcto, a menos que ese resultado sea enormemente costoso en términos de las políticas opuestas.

Por ejemplo, muchos tribunales prefieren los derechos individuales al gobierno de la mayoría en casos de libertad de expresión. Por lo tanto, aquellos que exigen la destitución del presidente o exhiben en un museo pinturas de figuras desnudas probablemente encontrarán que su derecho a participar en estas actividades prevalecerá sobre el poder de la mayoría de prohibirlas. Como se prefiere el derecho a la libertad de expresión, el resultado respaldado por esa política suele prevalecer.

Sin embargo, el hombre que intenta incitar un motín o revelar la posición de las tropas en tiempo de guerra probablemente encontrará que el poder de la mayoría para prohibir esos casos de expresión prevalece sobre su derecho a participar en ellos. Un motín o una derrota en una batalla podrían asestar un duro golpe al gobierno democrático. El costo de permitir que prevalezcan los derechos individuales en estos casos se considera demasiado alto.

Al final, no hay nada matemático o mecánico en el proceso de realizar estos juicios. En general, los abogados pueden sentir que si una política preferida respalda su posición, es probable que prevalezcan, del mismo modo que es probable que pierdan si una política preferida respalda la posición de su adversario.

Al mismo tiempo, si el resultado que buscan los abogados parece favorecer sólo remotamente las políticas que respaldan su posición, su argumento se debilita considerablemente. Por ejemplo, una mujer que exige el derecho a pronunciar un discurso por un altavoz a las tres de la mañana en una zona residencial se encuentra en una posición débil (aunque la política preferida de libertad de expresión respalda su caso) porque permitirle pronunciar el discurso en ese momento, lugar y de esa manera sólo tiene una relación lejana con la política de libertad de expresión. Mientras se le permita dar el mismo discurso ante la misma audiencia en otros momentos y lugares, la libertad de expresión

tiene muy poco costo al negarle el permiso que busca. La relación entre los fines preferidos y los medios que busca emplear está simplemente demasiado atenuada para que ella prevalezca, a pesar de que se le da gran peso a la política de libertad de expresión y respalda su posición.

B. La indeterminación de los juicios políticos

Los juicios sobre políticas suelen ser indeterminados por tres razones. En primer lugar, no siempre existe un consenso general sobre el peso relativo que se debe asignar a las políticas. Por lo tanto, un abogado no puede estar seguro de si, por ejemplo, un tribunal dará más importancia a la justicia que a la eficiencia o al mayoritarismo más que a los derechos individuales.

En segundo lugar, los juicios sobre la relación entre fines y medios, aunque aparentemente de naturaleza empírica, en realidad suelen estar basados en especulaciones. Por ejemplo, un abogado puede creer que una prohibición de películas sexualmente explícitas contribuirá a reducir la delincuencia, mientras que otro abogado puede creer que no. A menudo, la evidencia empírica disponible es limitada o no concluyente. Debido a que frecuentemente ninguno de los abogados en una disputa puede probar la naturaleza de la relación entre fines y medios, el abogado no puede confiar en el fallo del tribunal sobre esa cuestión.

Sin embargo, incluso aparte de estas dificultades, existe una tercera fuente de indeterminación en los juicios de política, que surge del hecho de que las políticas pueden expresarse en múltiples niveles de generalidad. Así, el problema de la generalidad que crea indeterminación en las reglas y obliga a los tribunales a recurrir a sentencias políticas resurge en el ámbito de la política.

Como se verá, el problema de la generalidad plantea el mismo dilema para las políticas que para las reglas. Una regla debe ser general si ha de controlar más de una situación; sin embargo, cuando se vuelve general, también se vuelve indeterminada. De manera similar, una política debe expresarse en un cierto nivel de generalidad para ayudar a interpretar una regla; sin embargo, a medida que una política se vuelve más general, también se vuelve indeterminada.

La explicación de este problema debe comenzar con una consideración de la relación entre políticas y reglas. La relación entre políticas y reglas es esencialmente la misma que entre fines y medios. Como se señaló en el capítulo 1, el sistema jurídico estadounidense supone que las reglas no existen por sí mismas, sino que se adoptan como medios para alcanzar fines. Los fines, por supuesto, son las políticas subyacentes y los medios son las reglas.

En general, las políticas y normas son estructural y funcionalmente diferentes. La diferencia estructural es que las políticas suelen expresarse como absolutos abstractos, mientras que las reglas suelen expresarse en términos más limitados, concretos y contingentes. Las políticas, según sus términos, deben aplicarse en todas las circunstancias, mientras que las reglas se aplican sólo a las circunstancias limitadas descritas en el predicado fáctico.

Sin embargo, la distinción estructural entre fines (políticas) y medios (reglas) se desdibuja cuando los fines se expresan en un nivel de generalidad suficientemente bajo. Por ejemplo, uno puede perseguir el fin de mantener un hogar limpio. Los fines enunciados con un alto nivel de generalidad a menudo pueden lograrse de muchas maneras. Uno de los muchos

medios posibles para lograr un hogar limpio sería quitar el polvo de las figuritas del estante superior del salón. Sin embargo, también se podría afirmar que un fin mucho más específico es mantener limpias las figuras del estante superior del salón. Por lo tanto, quitar el polvo de las figurillas podría caracterizarse como un fin relativamente específico o como un medio para alcanzar un fin más general. Tenga en cuenta que, a medida que el fin se vuelve más específico, la gama de medios posibles se estrecha hasta que, en algún momento, la distinción entre el fin y los medios desaparece.

Reformulado en términos legales, a medida que las políticas se articulan en términos más específicos, adquieren el carácter de reglas y la distinción estructural entre políticas y reglas se disuelve. Por ejemplo, se podría comenzar con la política muy general de proteger la libertad de expresión. Esta política podría reformularse en términos más específicos, como derogar todos los estatutos que regulan la expresión, proporcionar software de autoedición gratuito a todos los ciudadanos adultos o proteger a los periódicos de la responsabilidad por difamación. Cada una de estas tres acciones puede caracterizarse como una política más específica o como un medio para la política general de promoción de la libertad de expresión.

Además, las políticas se pueden enunciar aún más específicamente. Por ejemplo, la política de aislar a los periódicos de la responsabilidad por difamación puede expresarse más específicamente como la política de exigir que las figuras públicas demuestren, como elemento de una demanda por difamación contra un periódico, que el periódico publicó la declaración difamatoria con verdadera malicia. En este bajo nivel de generalidad, la política se caracteriza fácilmente como una regla. Es relevante para una gama bastante limitada de circunstancias: demandas por difamación presentadas por figuras públicas contra periódicos. Ha perdido el carácter de fin absoluto que debe perseguirse en todas las circunstancias.

La diferencia funcional entre reglas y políticas es que las reglas crean consecuencias legales, mientras que las políticas no. Las políticas proporcionan la justificación de las reglas, pero tienen consecuencias sólo en la medida en que se les da efecto en las reglas.

Debido a que son parte del contexto en el que se adoptan las reglas, las políticas proporcionan una base para interpretar las reglas cuando no están claras. El ama de llaves a quien se le ha dado una regla (tiene el deber de desempolvar las figuritas en el estante superior del salón) puede preguntarse si la regla requiere cepillarlas con un plumero o utilizar algún método más minucioso. El acto de quitar el polvo de las figurillas puede tener diversos fines, como mejorar la apariencia de las figurillas o reducir la cantidad de polvo en la habitación. Si el objetivo es mejorar la apariencia, entonces el uso rápido de un plumero puede ser suficiente. Si el objetivo es reducir el polvo en la habitación, entonces puede que no sea suficiente. Al comprender el contexto en el que se dio la regla que exige quitar el polvo de las figurillas, incluido el fin que la orden pretendía promover, el ama de llaves puede interpretar mejor la regla.

Por tanto, las políticas funcionan para proporcionar un contexto interpretativo de las reglas. Sin embargo, para hacerlo, deben enunciarse en un nivel de generalidad más alto que la regla misma. Es decir, el papel funcional de las políticas depende de mantener la

distinción estructural entre políticas y reglas. Como se ha demostrado, si se permite que una política caiga al mismo nivel de generalidad que la regla subyacente, la política colapsará dentro de la regla.

Por ejemplo, una ley que exime a un periódico del pago de ciertos impuestos puede basarse en una política de promoción de la venta de periódicos. Dicho de esta manera, la política no agrega contexto a la regla y no ayudaría a decidir, por ejemplo, si una guía para compradores locales debe considerarse un periódico dentro del significado de la regla.

Si se afirma de manera más general que la política protege la viabilidad económica de los periódicos amenazados por la competencia de los medios de radiodifusión, entonces se podría concluir que una guía de compradores locales no era un periódico en el sentido de la norma porque operaba en un mercado al que no atendía medios de difusión. El contexto más amplio proporcionado por la política más general proporciona información adicional que permite al abogado determinar qué interpretación promovería la política subyacente. La política es capaz de proporcionar un contexto interpretativo para una regla, pero sólo si se establece en un nivel de generalidad más alto que la regla misma.

El dilema, sin embargo, es que plantear una política en un nivel más alto de generalidad a menudo la vuelve menos determinada. Una mayor generalidad crea indeterminación de dos maneras.

Primero, al variar el nivel de generalidad en el que se establecen las políticas, los abogados varían el contexto dentro del cual se interpretará la regla, lo que a su vez afecta la interpretación de la regla. Por ejemplo, si la política subyacente a la exención de impuestos para los periódicos descrita anteriormente se afirma de manera aún más amplia que fomenta el libre flujo de información, entonces el argumento de que la guía del comprador es un periódico se vuelve más fuerte, porque la guía del comprador incluye información, la cuyo flujo podría verse sofocado si se exigiera al guía que pagara los impuestos y, por tanto, se hiciera menos rentable. Así, a medida que cambia el nivel de generalidad en el que el abogado establece la política, también cambia el resultado que la política parece respaldar.

En segundo lugar, formular una política con un alto nivel de generalidad puede hacerla menos determinada porque esto amplía la gama de medios que podrían promover un fin tan amplio. Por ejemplo, la política de promover el libre flujo de información es tan general que podría decirse que respalda una exención fiscal para un enorme número de actividades. Una bloguera puede reclamar una exención fiscal para su equipo informático y su oficina en casa, basándose en que su blog es un periódico. No tratarlo como tal sofocaría el libre flujo de información. Expresada a este nivel de generalidad, la política puede ser de poca ayuda para determinar qué actividades deben considerarse dentro del significado del término *periódico* .

Las políticas formuladas con un nivel muy alto de generalidad pueden volverse tan indeterminadas que parecen apoyar reglas diametralmente opuestas. Por ejemplo, la política de protección de la libertad de contratación podría exigir que un tribunal haga cumplir todos los contratos tal como están escritos para evitar imponer su propia voluntad a las partes o podría exigir que el tribunal examine cada contrato en busca de indicios de poder de negociación desigual para evitar imponer el dominio de un partido sobre otro. Por

lo tanto, la política de protección de la libertad de contratación, cuando se expresa en un alto nivel de generalidad, puede justificar una deferencia judicial extrema o un escrutinio judicial extremo.

C. Predicción de la decisión del tribunal

En casi todos los casos en los que la ley es indeterminada, la mayoría de los abogados tienen, no obstante, una opinión sobre el resultado más probable. Las opiniones se basan en especulaciones informadas sobre la forma en que los tribunales resolverán los juicios políticos relevantes, tanto los juicios sobre el peso relativo de las políticas como los juicios sobre la relación entre fines y medios. La especulación se basa en el conocimiento que tiene el abogado del contexto en el que se realizarán estos juicios políticos. El contexto incluye una serie de factores.

Un factor importante es el entorno histórico. A las políticas específicas se les da mayor peso en una época que en otra. Los tribunales de finales del siglo XIX, por ejemplo, favorecían una política de laissez-faire en la que intervenían muy poco en las decisiones de mercado, mientras que a mediados del siglo XX los tribunales rechazaron esa política a favor de regular más estrechamente las decisiones de mercado. Como se analizó anteriormente, en igualdad de condiciones, es probable que prevalezca el resultado respaldado por la política favorecida.

Otro factor que influye en los juicios políticos es la filosofía del juez individual que decide el caso. [9] Jueces específicos otorgan mayor peso a algunas políticas que a otras y, en casos dudosos, es probable que decidan la disputa de la manera que promueva las políticas que prefieren. Esto se ilustra más visiblemente en la Corte Suprema de los Estados Unidos, que típicamente ha estado compuesta por bloques de jueces liberales y conservadores, cuyos miembros votan juntos un porcentaje muy grande del tiempo. [10] Sin embargo, los jueces de tribunales menos prestigiosos no están menos influenciados por las preferencias personales. Aunque en un momento dado puede haber una ideología judicial dominante, los jueces específicos difieren en el grado en que se adhieren a esa ideología. Una vez más, en igualdad de condiciones, es probable que prevalezca el resultado respaldado por la política favorecida por el tribunal.

Los hechos precisos de la situación que dio origen a la disputa también afectan el resultado que prevalecerá. Esto es así porque la relación entre fines y medios varía según la situación. En consecuencia, a medida que cambian las circunstancias, cambia el beneficio total de política derivado de cada resultado. Por tanto, parecen preferibles resultados diferentes en circunstancias diferentes.

Por ejemplo, es mucho más probable que un tribunal adopte una actitud de laissez-faire hacia la interpretación de un contrato entre dos grandes corporaciones que hacia la interpretación de un contrato entre una gran corporación y un consumidor sin educación. En este ejemplo, la elección es entre una política de hacer cumplir los contratos privados y una política de supervisar los contratos para asegurar la voluntariedad; es decir, la elección es entre autonomía y paternalismo. Cuando las dos partes contratantes son grandes corporaciones con igual poder de negociación y asesoría legal competente, es poco probable que el contrato sea resultado de coerción. Por lo tanto, hacer cumplir el contrato

en esa situación promueve la política de autonomía a muy bajo costo para la política de paternalismo. Ese resultado produce el mayor beneficio político.

Por el contrario, si el contrato es entre una gran corporación y un consumidor, la probabilidad de que haya un poder de negociación desigual es mucho mayor. Por lo tanto, el tribunal puede decidir que hacer cumplir el contrato en esa situación es demasiado costoso en términos de la política de paternalismo. Así, a medida que cambian los hechos, también cambia la relación entre el fin de promover contratos genuinamente voluntarios y los medios para examinar sus términos. A medida que cambian los hechos, cambia el resultado probable.

Un último factor incluido dentro del contexto es la existencia de un precedente vinculante y, en menor medida, autoridad persuasiva de otras jurisdicciones. En la gran mayoría de los casos, los tribunales deciden las disputas de una manera que pueden describir de manera plausible como consistente con los precedentes aplicables. [11] Si los precedentes han dado regularmente preferencia a una política sobre la otra en una situación dada, resulta más difícil para el tribunal revertir la preferencia en una situación similar y aún así mantener que ha seguido la ley.

Por ejemplo, la decisión de un tribunal de que una sala de cine al aire libre tiene el derecho constitucional de exhibir una película que muestre desnudos parecería requerir una decisión en un caso posterior de que un individuo tiene derecho a exhibir la misma película en su propia casa. En el caso anterior, el tribunal concluyó que la política de libertad de expresión pesaba más que la política de proteger a las personas de ser ofendidas inadvertidamente mientras se encontraban en la vía pública. Porque los transeúntes pueden desviar la mirada, lo que permite que la película promueva en gran medida la libre expresión, aunque sólo impide ligeramente la política de evitar ofensas. En el último caso, la política de libre expresión parece igualmente fuerte. Sin embargo, dado que la película se proyecta en una residencia privada, permitir su proyección obstaculiza la política de evitar ofensas *incluso menos* que en el caso anterior. Por lo tanto, para ser consistente con el juicio político hecho en el caso anterior, la película debería permitirse también en el caso posterior.

Tenga en cuenta en este ejemplo que los dos casos son distinguibles. La exposición al aire libre y la exposición privada son suficientemente diferentes desde el punto de vista fáctico como para que nadie pueda sugerir que los dos casos son idénticos en todos los aspectos relevantes. Si el caso anterior parece controlar el caso posterior, es sólo porque reconocemos que los juicios de política en el caso anterior, si se siguen, requieren el mismo resultado en el caso posterior.

Sin embargo, si se hubieran involucrado políticas diferentes, los dos casos podrían haber requerido resultados diferentes. Por ejemplo, imaginemos que una de las políticas que apoyó el resultado en el caso anterior fuera permitir al gobierno monitorear los hábitos de visualización de la población, particularmente con respecto a materiales de orientación sexual. Permitir una exhibición al aire libre promovería esa política, mientras que permitir proyecciones privadas en hogares la impediría. El tribunal probablemente permitiría la exhibición al aire libre pero prohibiría la proyección privada. En otras palabras, el primer

conjunto de hechos no controlaría el segundo conjunto de hechos. Por lo tanto, si un primer caso "controla" un segundo caso depende de qué políticas se ven afectadas por los resultados.

7

CONTRATOS

La ley de contratos define aquellos deberes que los individuos u organizaciones asumen voluntariamente, generalmente a través de promesas. Los deberes contractuales pueden surgir en cualquiera de dos situaciones generales: bajo la doctrina del contrato tradicional o bajo la doctrina de la confianza perjudicial, también conocida como impedimento promisorio.[1]

Generalmente se dice que el derecho contractual se basa en la política del individualismo. Una persona está obligada si, y sólo si, consiente en cumplir el deber. La idea de que uno debería estar obligado únicamente mediante el consentimiento surgió de una concepción naturalista de la obligación jurídica. Sin embargo, como se verá, en el curso de la construcción de las reglas específicas del derecho contractual, los tribunales han adoptado una concepción más positivista del derecho y han dado preferencia a políticas distintas al individualismo, incluido el mayoritarismo, el paternalismo, la eficiencia y aquellas políticas asociadas. con formalismo.

I. CONTRATO TRADICIONAL

Una situación que da origen a deberes contractuales existe cuando dos o más personas forman un contrato tradicional. La regla que define el contrato tradicional establece que un contrato se forma cuando están presentes dos elementos: se acepta una oferta y el contrato está respaldado por una contraprestación.

A. Oferta y Aceptación

El primer elemento es una oferta de una de las partes que es aceptada por la otra. La oferta o la aceptación podrán producirse por las palabras expresas de las partes o por su conducta. Un ejemplo de aceptación por conducta ocurre cuando la primera parte envía una carta a la segunda ofreciendo comprar un lote de aparatos por trescientos dólares y la segunda parte envía los aparatos.

1. LA PRUEBA OBJETIVO

Una de las reglas que definen el elemento de una oferta y una aceptación establece la prueba que se utilizará para interpretar el significado de las palabras o la conducta de las partes. Esta regla, generalmente llamada prueba objetiva, establece que las palabras o la conducta deben interpretarse de la misma manera que las interpretaría una hipotética "persona razonable".

Por ejemplo, un hombre que está negociando la compra de un automóvil con su vecino, al escuchar las condiciones propuestas por éste, puede exclamar: "¡Suena bien!", lo que podría interpretarse como una expresión de aceptación o simplemente como un comentario de que la oferta parece favorable. Un jurado que aplicara una prueba objetiva decidiría si una persona razonable interpretaría "¡Suena bien!" como aceptación de la oferta o como expresión de una opinión sobre la oferta.

Una de las consideraciones de política que respaldan la prueba objetiva es que conduce a la previsibilidad y uniformidad de la ley. Lo hace permitiendo a ambas partes asumir que las palabras y la conducta tienen un significado razonable. También lo hace alentando a las partes a tratar entre sí de la manera normalmente esperada, porque las partes que eligen una forma inusual de expresarse lo hacen bajo su propio riesgo. Otra consideración de política subyacente a la prueba objetiva es que promueve la eficiencia en la adjudicación porque permite al jurado evitar determinar lo que realmente quisieron decir las partes. También puede disminuir la frecuencia de litigios frívolos porque desalienta a las partes a presentar demandas con la esperanza de poder persuadir al jurado de que atribuyeron su propio significado especial a los términos del contrato. Finalmente, debido a que la prueba objetiva permite al tribunal proporcionar su propia definición de un término bajo la bandera de persona razonable, la prueba objetiva también está respaldada por la política de mayoritarismo.

Al utilizar una prueba objetiva, un jurado puede dar a las palabras del orador un significado que la persona nunca pretendió que tuvieran. En este sentido, una prueba objetiva impone a las partes aquellas obligaciones que se considerarán asumidas con base en una interpretación razonable de sus palabras o conducta, independientemente de que realmente tuvieran la intención de asumirlas o no. Al encontrar una oferta o aceptación donde realmente no existe, la prueba objetiva, como el formalismo en general, está sujeta a la acusación de que produce resultados artificiales, de que trata como un contrato algo que

no es un contrato en absoluto. Por tanto, la prueba objetiva es inconsistente con la política del individualismo, según la cual se espera que los tribunales hagan cumplir la voluntad de las partes.

El uso de la prueba objetiva ilustra el fenómeno en el que una regla general se define por una regla más específica que se basa en una política inconsistente con la política subyacente a la regla general. La regla general se basa en una política de individualismo, mientras que la regla más específica se basa en el mayoritarismo, la eficiencia y políticas asociadas al formalismo. Sin embargo, a pesar de la inconsistencia teórica, la prueba objetiva para interpretar las expresiones de la voluntad individual está bien establecida en el derecho contractual.

2. LA PRUEBA SUBJETIVA

La alternativa a una prueba objetiva es una prueba subjetiva, que interpreta que las palabras o la conducta de una parte significan lo que esa parte realmente pretendía que significaran, sin importar cuán idiosincrásicas sean.

En teoría, una prueba subjetiva garantiza que ninguna parte está obligada a asumir una obligación contractual que en realidad no tenía la intención de asumir. La prueba, por tanto, se basa en una política de individualismo más que de mayoritarismo. Sin embargo, conduce a la incertidumbre y a cierto grado de ineficiencia. El oyente no puede suponer que las palabras signifiquen lo que podría pensarse razonablemente; por tanto, el oyente debe intentar sondear la verdadera intención del hablante.

Otra objeción a la prueba subjetiva es que nunca se puede conocer con confianza la verdadera intención de una parte. Es posible que el hablante no haya considerado conscientemente el tema en disputa en ese momento, e incluso si lo hubiera hecho, el tiempo y la presión de una disputa pueden haber cambiado ese recuerdo. La mayor incertidumbre inherente a una prueba subjetiva podría fomentar litigios frívolos porque una parte siempre tendría la esperanza de persuadir al jurado de que las palabras pronunciadas tenían un significado especial.

Si prevaleciera la concepción naturalista e individualista del contrato, el tribunal adoptaría una prueba subjetiva. De hecho, sin embargo, las pruebas subjetivas son raras en el derecho contractual. La previsibilidad y la eficiencia son de tal importancia en el derecho contractual que los tribunales utilizan casi uniformemente una prueba objetiva para interpretar el significado de un contrato.

B. Consideración

El segundo elemento de un contrato es que ambas partes deben haber dado consideración. Una regla más específica define el elemento de contraprestación como un beneficio conferido o un perjuicio incurrido por una parte a cambio de un beneficio o un perjuicio para la otra parte. Una regla aún más específica define la frase "a cambio" en el sentido de que la contraprestación debe negociarse como parte del contrato.

El requisito de contraprestación hace que algunos acuerdos sean inaplicables según la doctrina contractual tradicional. Por ejemplo, si una tía ofrece darle a su sobrino $1,000 y el sobrino acepta, no se ha formado ningún contrato ejecutable aunque haya habido una oferta y aceptación. No existe contrato porque el sobrino no otorgó un beneficio ni sufrió un perjuicio a cambio de la promesa.

Hubo un tiempo en que el requisito de contraprestación parece haber tenido una función probatoria: era más plausible que las partes hubieran celebrado realmente un contrato si se consideraba que ambas estaban intercambiando algo de valor. Por lo tanto, los contratos sellados no requerían consideración porque el documento firmado y sellado proporcionaba evidencia suficiente de un acuerdo.

En tiempos más recientes, el requisito de contraprestación parece basarse en una política de limitación de la responsabilidad contractual. Aparentemente, los tribunales no deseaban hacer cumplir lo que, en realidad, eran promesas de obsequios, promesas por las cuales el promitente no recibía nada a cambio. La doctrina parece haber alcanzado su forma moderna a finales del siglo XIX y refleja la política individualista de los tribunales de esa época, que buscaban limitar la intervención del gobierno en la esfera privada.[2]

Sin embargo, la doctrina es internamente inconsistente porque, aunque está justificada por una política de individualismo, no impone la voluntad individual. [3] Un individuo puede desear estar obligado a hacer un regalo pero no puede lograr ese resultado según la ley contractual. El tribunal, en nombre de limitar la participación del gobierno en asuntos privados para maximizar la elección privada, se niega a hacer cumplir lo que en realidad es la elección privada de las partes. Entonces, en sus consecuencias, la doctrina es consistente con una política mayoritaria.

Aunque la doctrina de la consideración parece mayoritaria en sus consecuencias, la existencia de la doctrina no resuelve completamente el conflicto entre la comunidad y el individuo. El conflicto resurge como la cuestión de cómo definir un beneficio o un perjuicio.

Una política individualista apoyaría una regla según la cual el tribunal no investigará el valor de un supuesto beneficio o perjuicio, sino que aceptará la caracterización que las partes hagan del mismo, incluso si el supuesto beneficio o perjuicio pareciera ser completamente inútil. Adoptar una definición individualista de consideración subvertiría la política mayoritaria subyacente a la doctrina. Al divorciar la doctrina de su política mayoritaria subyacente, tal definición convertiría la doctrina en un requisito meramente formal.

Una política mayoritaria apoyaría una regla según la cual el tribunal investigará si el supuesto beneficio o perjuicio es en realidad eso. Adoptar una definición mayoritaria de la doctrina sólo profundizaría aún más la participación de la comunidad en el escrutinio de un contrato que se suponía representaba la voluntad de las partes. Es decir, la ley no sólo exigiría que hubiera contraprestación por ambas partes del contrato (aun cuando las partes desearan celebrar un contrato sin el respaldo de contraprestación por ambas partes), sino que también reservaría a la comunidad la prerrogativa de decidir qué constituye un contrato suficiente. consideración.

El derecho contractual ha llegado a un compromiso entre los valores en competencia y ha adoptado una regla según la cual el tribunal generalmente investiga la idoneidad pero no la suficiencia de la consideración. Esto significa que el tribunal exige que realmente exista algún beneficio o perjuicio mínimo, pero no examina con mucho cuidado el valor de la contraprestación. Por tanto, la doctrina de la consideración es casi formal. La contraprestación debe ser adecuada, pero éste no es un requisito exigente.

II. DEPENDENCIA PERJUDICIAL

Una segunda situación en la que puede surgir un deber basado en una promesa ocurre cuando las partes satisfacen los elementos de la doctrina de la confianza perjudicial. Según la norma que crea esa doctrina, una parte tiene el deber de cumplir una promesa en la que otra parte ha confiado razonable y previsiblemente en su perjuicio. Por lo tanto, los elementos son (1) una promesa, (2) confianza razonable y previsible en la promesa, y (3) perjuicio incurrido por el prometido.

Por ejemplo, supongamos que después de que una tía le prometió a su sobrino que le daría 1.000 dólares, el sobrino se inscribió en lecciones de francés por valor de 1.000 dólares que de otro modo no podría pagar, dependiendo del dinero prometido para pagar las lecciones. A menos que se cumpla la promesa, el sobrino tendrá que incumplir su deuda, con consecuencias adversas para él. Si el tribunal creyera que la confianza del sobrino en la promesa era razonable y previsible, haría cumplir la promesa en la medida necesaria para remediar el perjuicio sufrido por el sobrino como resultado de su confianza en la promesa.

Según la teoría de la dependencia perjudicial, los deberes se crean en situaciones en las que los elementos de un contrato no están presentes. En primer lugar, surge un deber incluso aunque el prometiente de ninguna manera haya indicado al promitente que estaba aceptando una oferta. En segundo lugar, el elemento de consideración también es innecesario. El perjuicio sufrido por el prometiente puede ser uno que el promitente no negoció.

Por lo tanto, la regla que crea un deber bajo un contrato tradicional y la que crea un deber bajo dependencia perjudicial son “acumulativas”, como se usó ese término en el capítulo 3. Cualquiera de los dos deberes puede surgir, independientemente de si lo hace el otro.

La dependencia perjudicial tiene elementos diferentes a los del contrato tradicional porque se basa en consideraciones de política algo diferentes. En general, el contrato tradicional se basa en la política del individualismo: un deber surge sólo como resultado de la elección individual de una de las partes. Se cree que la imposición de una obligación contractual es justa porque ninguna de las partes está obligada sin su consentimiento. Se cree que es eficiente porque facilita la asignación de recursos a través de decisiones privadas realizadas en el mercado.

La dependencia perjudicial, por el contrario, es una doctrina relativamente más mayoritaria según la cual el Estado interviene para proteger a una parte contra pérdidas injustas causadas por la confianza en una promesa. El deber que surge del recurso perjudicial se ha comparado con un deber de responsabilidad extracontractual porque lo impone el tribunal por consideraciones de política, más que como resultado de un acuerdo entre las partes. Al mismo tiempo, el requisito de que la confianza sea previsible reintroduce un elemento individualista en la doctrina.[4]

III. LA NATURALEZA DEL DEBER CONTRACTUAL

A. El deber de cumplir la promesa expresa y cualquier promesa implícita

La discusión hasta ahora ha resumido dos situaciones en las que surgen deberes según el derecho contractual. Sin embargo, no ha definido la naturaleza exacta del deber. En esta sección se analiza la naturaleza del deber contractual, aunque en aras de la brevedad, la discusión se limita a los deberes impuestos por el contrato tradicional.

Como se analizó en el capítulo 2, una relación jurídica, incluido un deber, generalmente se define por tres características: el objeto de la relación, la naturaleza de la relación (ya sea permisiva u obligatoria) y las personas incluidas en la relación. Aquí se analiza cómo cada una de estas características define los deberes contractuales tradicionales.

El deber impuesto por el derecho contractual tradicional es cumplir las promesas contenidas en la oferta aceptada y, en algunos casos, ciertas promesas implícitas adicionales no establecidas explícitamente en la oferta. En otras palabras, el objeto del deber es cumplir las promesas expresas e implícitas.

Los deberes implícitos a menudo se denominan implícitos en la ley porque la ley los implicará en un contrato independientemente de si estaban incluidos en la oferta. [5] Por ejemplo, el derecho contractual generalmente impone a un comerciante que celebra un contrato para la venta de un bien una garantía implícita de comerciabilidad, o el deber de garantizar que el bien sea apto para los fines ordinarios a los que la gente dedica dicho bien. Estos deberes contractuales implícitos en la ley se parecen mucho a los deberes extracontractuales porque están implícitos en la ley por razones de política, más que porque las partes los hayan acordado.

Los contratos pueden crear relaciones obligatorias o permisivas. Consideremos, por ejemplo, los contratos bilaterales y unilaterales.

En un contrato bilateral, cada parte se compromete a cumplir a cambio de la promesa de cumplimiento de la otra parte. Por ejemplo, una de las partes puede prometer pagar trescientos dólares por los aparatos y la otra parte puede prometer venderlos por trescientos dólares. Ambas partes están obligadas a cumplir. La relación es obligatoria para ambos.

En un contrato unilateral, una de las partes se compromete a cumplir si la otra parte realiza alguna acción voluntaria. Por ejemplo, una de las partes puede prometer enviar los aparatos si la otra parte paga trescientos dólares. La otra parte, sin embargo, no se ha comprometido a pagar los trescientos dólares. Por tanto, sólo la primera parte tiene el deber de cumplir. Dicho de otra manera, la relación es obligatoria sólo para la primera parte.

Por último, los contratos suelen crear una relación sólo entre las partes del contrato: el promitente y el prometiente. El promitente tiene el deber para con el prometido de cumplir las promesas y ese deber no se extiende a ninguna otra persona. Sin embargo, existe una excepción en algunas situaciones en las que las partes tienen la intención de que un tercero reciba el beneficio de la promesa. En tal situación, el deber del promitente puede extenderse a esta tercera persona—llamada tercer beneficiario—así como al prometiente.

B. Responsabilidad por incumplimiento del deber de cumplimiento

Cuando un promitente incumple una obligación contractual, el derecho contractual puede imponerle la obligación de pagar una indemnización al prometiente. Alternativamente, cuando la compensación sería un remedio inadecuado, el tribunal puede ordenar al promitente que cumpla la promesa (lo que generalmente se conoce como ordenar "cumplimiento específico"). En aras de la brevedad, aquí sólo se considera la situación en la que el prometiente solicita una indemnización al promitente.

La regla general es que un promitente es responsable de los daños y perjuicios por incumplimiento de contrato si no cumple la promesa y el incumplimiento causa pérdida a la otra parte. Es decir, los elementos de la norma que crea responsabilidad son (1) un incumplimiento de una promesa contractual (2) con pérdida para el demandante (3) como consecuencia del incumplimiento.

1. INCUMPLIMIENTO DE UNA PROMESA CONTRACTUAL

El primer elemento necesario para establecer la responsabilidad es el incumplimiento de la promesa contractual por parte del promitente. El derecho contractual incluye una norma más específica que define el término *incumplimiento* . Esta norma distingue entre infracciones materiales e infracciones leves. Cuando el contrato se cumple sustancialmente, el incumplimiento se considera menor. En esa situación, el prometido tiene derecho a una indemnización por el incumplimiento, pero aún así debe cumplir el contrato. Cuando el contrato no se cumple sustancialmente, el incumplimiento se trata como material. Una vez más, el prometido tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios, pero además se extingue su propio deber de cumplimiento.

Supongamos, por ejemplo, que un constructor construye una casa con una pared ubicada a una pulgada de la posición designada en el diseño. Debido a que el constructor ha incumplido, el constructor estará obligado a pagar una indemnización por cualquier daño al propietario, aunque el importe del daño posiblemente sea nulo. Sin embargo, como el incumplimiento es menor, el propietario no puede rescindir el contrato por el hecho de que se haya incumplido. El propietario todavía debe pagar la casa.

Para comprender el propósito de la regla de desempeño sustancial, imagine que el propietario, al descubrir el incumplimiento menor, se niega a pagarle al constructor la casa. Si incluso un incumplimiento menor permitiera al prometido rescindir el contrato, entonces el propietario no tendría obligación de pagar. Por lo tanto, la única forma en que el constructor podría obtener el pago sería derribar el muro y reconstruirlo a una pulgada de su ubicación original, un ejercicio increíblemente derrochador. Sin embargo, según la regla de desempeño sustancial, el propietario aún está obligado a cumplir la promesa de pago y, por lo tanto, no puede negarse a pagar hasta que la pared se haya movido una pulgada.

Por lo tanto, la regla de desempeño sustancial refleja una teoría positivista y utilitarista del contrato, más que una teoría naturalista basada en derechos. Una teoría naturalista basada en los derechos puede considerar que un contrato tiene fuerza moral. El promitente mediante la promesa confiere al prometiente un derecho de cumplimiento. El prometido tiene así derecho a una oferta perfecta y, si no la recibe, puede declarar terminado el contrato. Esta concepción del derecho contractual también está respaldada por una política de individualismo, según la cual el tribunal da efecto a la voluntad de las partes.

Por el contrario, una teoría positivista y utilitarista del contrato no considera que una promesa contractual tenga fuerza moral. Más bien, un contrato es simplemente un intercambio prometido pero no ejecutado de bienes o servicios que no debería completarse si hacerlo no beneficiaría a la sociedad en su conjunto. La regla de desempeño sustancial busca evitar el desperdicio económico que implica exigir un cumplimiento estricto del promitente. La regla está respaldada por una política mayoritaria porque el tribunal se niega a hacer cumplir la voluntad de las partes establecida en el contrato para promover la política utilitaria del Estado de evitar el despilfarro.

2. PÉRDIDA DEL PROMESA

El segundo elemento de esta regla es que el prometiente debe haber sufrido una pérdida jurídicamente reconocible, es decir, un daño reconocido como tal por la ley. Aunque uno puede imaginar una variedad de daños que podrían resultar de un incumplimiento de contrato, normalmente los tribunales consideran que sólo ciertas pérdidas pecuniarias satisfacen el elemento de daño. Por ejemplo, el incumplimiento del promitente puede haber decepcionado al prometido. Sin embargo, es casi seguro que este daño emocional no constituirá un daño en el sentido de la norma que impone responsabilidad por incumplimiento de contrato.

Este resultado representa una elección de eficiencia sobre justicia. El prometido puede haber sufrido un daño emocional debido a un incumplimiento, pero tales daños son fáciles de alegar y difíciles de probar. Permitirles la recuperación podría convertir cada disputa contractual en un largo litigio sobre reclamaciones de validez especulativa. La regla supone que es mejor negar la recuperación en el caso ocasional en el que se la merece, que invitar a litigios interminables y despilfarradores. Además, la política de fomentar las infracciones cuando hacerlo es económicamente eficiente va en contra de conceder indemnizaciones por daños no económicos atribuibles a la infracción.

Las pérdidas sólo son jurídicamente reconocibles si son ciertas, es decir, no especulativas. Esta regla es consistente con una teoría utilitarista del derecho contractual. Según una teoría utilitarista, no se debería disuadir a una parte de incumplir un contrato si dicho incumplimiento daría como resultado el uso socialmente más ventajoso de los recursos. Sin embargo, el promitente puede determinar si un incumplimiento sería eficiente sólo si es posible calcular el costo de dicho incumplimiento. Al excluir los daños especulativos, los tribunales facilitan el intento del promitente de determinar si un incumplimiento sería utilitario.

Para evitar el efecto de la regla que exige que los daños sean ciertos, las partes de un contrato a veces incluyen una cláusula de indemnización liquidada. Dicha disposición establece el importe de la indemnización por daños y perjuicios que se deberá pagar en caso de incumplimiento. Es decir, las partes establecen de antemano el monto de la pérdida mediante acuerdo.

Aunque una política de individualismo sugeriría que estas cláusulas deberían aplicarse como expresión de la voluntad de las partes, los tribunales a menudo se niegan a hacerlas cumplir si exigen un pago tan irrazonablemente alto que parezca una sanción. Una disposición de indemnización por daños y perjuicios que impone al promitente daños y perjuicios desproporcionados con respecto a la pérdida real del prometido podría obligar al promitente a cumplir una promesa inútil simplemente para evitar la sanción. Según la concepción positivista y utilitarista del contrato, las promesas no deberían cumplirse si el cumplimiento utilizaría los recursos de manera ineficiente. Así, en esta situación, las políticas de individualismo y eficiencia, que a menudo se supone que son consistentes en sus consecuencias, parecen potencialmente opuestas. Recordemos que la misma oposición entre individualismo y eficiencia apareció en la elección entre una prueba objetiva y una subjetiva.

3. PÉRDIDA COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO

El tercer elemento de esta regla es que el incumplimiento debe haber causado el daño al prometido. Es decir, los daños y perjuicios sólo son recuperables si son consecuencia del incumplimiento.

Sin embargo, reglas adicionales limitan los daños emergentes recuperables por el prometido. [6] Las reglas adicionales son necesarias porque cada acto tiene un número infinito de consecuencias. Sin estas reglas adicionales, el incumplimiento incluso del contrato más trivial daría lugar a una responsabilidad enorme.

Supongamos, por ejemplo, que una empresa de taxis incumple su promesa de llevar a un contador a una entrevista de trabajo. El resultado es que el contador llega tarde a la entrevista y se le niega el trabajo. Por lo tanto, acepta un trabajo menos deseable en un edificio diferente, donde una noche, tres años después, es agredido físicamente mientras se encontraba en el estacionamiento. Debido a que el contador no habría sido atacado si no fuera por el incumplimiento del contrato por parte de la compañía de taxis, la lesión física parecería ser una consecuencia del incumplimiento por parte de la compañía de taxis, por lo que requeriría que la compañía de taxis compensara al contador por la lesión.

Sin embargo, existen razones políticas para considerar tal resultado como indeseable. Responsabilizar a alguien por pérdidas que ocurren años después podría resultar en la imposición de una responsabilidad asombrosa incluso por la promesa más trivial, lo que desalentaría la actividad económica. Además, si la justificación para hacer cumplir un deber contractual es que el promitente asumió voluntariamente el deber, entonces parece inconsistente con esa política individualista responsabilizar a la compañía de taxis por una pérdida que no podría haber previsto y, por lo tanto, no podría haber aceptado compensar

a sabiendas. . Sobre la base de estas consideraciones de política, los tribunales han adoptado una norma adicional según la cual el promitente es responsable únicamente de los daños emergentes previsibles en el momento en que se formó el contrato o realmente se previeron debido a circunstancias especiales comunicadas al promitente.[7]

Otra regla, conocida como doctrina de mitigación de daños, limita aún más la responsabilidad del promitente. Según esta regla, un prometido que no toma medidas razonables para minimizar la pérdida derivada de un incumplimiento de contrato no puede recuperar la parte de la pérdida que se habría evitado mediante esas medidas. Supongamos, por ejemplo, que el propietario de una fábrica celebra un contrato de trabajo con un gerente mediante el cual el propietario acepta pagarle para que dirija la fábrica durante cinco años. La noche anterior al inicio del trabajo, el propietario incumple el contrato y despide al gerente por capricho. Esa misma noche, sin embargo, el gerente recibe una oferta de otro empleador para un trabajo igualmente deseable. El gerente rechaza la oferta y demanda al propietario por cinco años de salario perdido. Debido a que el gerente no aceptó el trabajo igualmente deseable, no tomó medidas razonables para mitigar sus daños y, por lo tanto, cualquier compensación que recibió se reduciría en la cantidad que habría recibido del trabajo que rechazó, si hubiera aceptado el trabajo. trabajo en su lugar.

La doctrina de la mitigación de daños es otro reflejo del moderno concepto positivista y utilitario del derecho contractual. Requiere que el prometido evite daños innecesarios, es decir, daños inútiles. Una visión naturalista del contrato basada en los derechos podría sostener que el administrador, habiendo celebrado un acuerdo de cinco años con el propietario, tenía derecho al trabajo y no se le debería exigir que trabajara en otro lugar simplemente para evitarle al propietario las consecuencias del contrato ilícito. acto. Ese mismo punto de vista podría considerar la segunda oferta de empleo como una “ganancia inesperada” inmerecida para el propietario, que injustamente le evitó las consecuencias del acto ilícito. El concepto positivista y utilitarista, por el contrario, considera más importante promover el uso socialmente beneficioso de los recursos que hacer cumplir el contenido moral del contrato.

Como ilustra este último ejemplo, el incumplimiento de contrato por parte del promitente puede no ser la única causa de una pérdida. La pérdida del directivo se debió tanto a su despido del primer puesto, que incumplía el contrato, como a su negativa a aceptar el segundo puesto. De hecho, ningún resultado tiene una sola causa. Todo evento tiene un número indefinido de causas.

Por ejemplo, la pérdida del contador agredido puede atribuirse a varias causas. Si el posible empleador del contador hubiera sido más comprensivo, al contador se le habría dado el primer trabajo y, por lo tanto, se habría evitado la lesión. Por tanto, la pérdida fue causada en parte por la actitud del posible empleador. Al mismo tiempo, si el edificio hubiera estado mejor vigilado, el contable no habría sido atacado y, por tanto, la mala seguridad del propietario del edificio también fue una de las causas de la pérdida del contable. O, visto la situación de otro modo, si el contable se hubiera dado suficiente tiempo para llegar a la entrevista de trabajo en caso de que la compañía de taxis no cumpliera, no habría llegado

tarde, y en este sentido su pérdida fue en última instancia causada por su propia imprudencia.

La ley no contiene ninguna regla general que señale una causa a la que deban atribuirse consecuencias. Si el contador puede demostrar que su posible empleador o el propietario del edificio incumplieron algún deber hacia él, de hecho puede tener derecho a una compensación de ambos. En otras palabras, varias normas acumulativas de derecho contractual y de daños pueden otorgar a una parte perjudicada el derecho a una compensación por parte de un gran número de personas cuya conducta constituyó una causa del daño.

Sin embargo, según una norma que limita el importe de la indemnización, la parte perjudicada sólo puede recuperar una indemnización por un daño una vez. Así, si uno de los malhechores que causó el perjuicio al contable le indemniza, su derecho a recibir compensación de los demás se extingue.

8

AGRAVIOS

El derecho de daños define ciertos deberes que la ley impone a las personas en ausencia de un contrato. Un agravio es una violación de uno de estos deberes. A quien comete un agravio a veces se le llama autor del agravio.

I. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AGRAVIOS

Ningún principio único determina bajo qué circunstancias el derecho de daños impondrá un deber. Más bien, la historia de los agravios muestra una acumulación gradual de deberes recién impuestos cada vez que consideraciones de política aparecían ante los tribunales para justificar ese resultado. El derecho de daños es un cuerpo legal intrínsecamente mayoritario porque los deberes de daños no se basan en la voluntad de las partes involucradas en una situación sino en la voluntad del Estado.

La distinción entre derecho de daños y derecho contractual ilustra la manera en que los conflictos de políticas resueltos en un nivel de generalidad resurgen en otro nivel de generalidad. En teoría, el derecho de contratos se refiere a deberes que las partes asumen voluntariamente, mientras que el derecho de daños se refiere a deberes que el Estado impone a las personas. En otras palabras, el entendimiento convencional es que en el derecho contractual el tribunal hace cumplir la voluntad del individuo, mientras que en el derecho de daños el tribunal hace cumplir la voluntad del Estado.

Aunque la decisión sobre si un tema debe ser regido por la voluntad del individuo o por la voluntad del Estado inicialmente parece haber sido resuelta mediante la asignación de ese tema al derecho contractual o de daños, de hecho la cuestión resurge dentro de cada uno de los casos. estos dos campos del derecho. En el derecho contractual, la cuestión de si se debe dar primacía a la voluntad del Estado o a la voluntad del individuo resurge, por ejemplo, como la cuestión de si se debe imponer una garantía implícita a una parte. Una garantía implícita, aunque forma parte del derecho contractual y, por tanto, en teoría es un deber asumido voluntariamente, en realidad, al igual que un deber extracontractual, es impuesta por el Estado por razones de política. De manera similar, en el derecho de daños, como se verá más adelante, la cuestión de si se debe dar primacía a la voluntad del Estado o a la voluntad del individuo también resurge repetidamente, en formas tales como la cuestión de si se debe permitir al autor del daño alegar como defensa el hecho de que la víctima consintió el daño o asumió voluntariamente el riesgo de sufrirlo. El consentimiento y la asunción del riesgo, aunque forman parte del derecho de daños, son doctrinas que permiten que la voluntad del individuo, en este caso la víctima, limite el deber general impuesto sobre la base de la voluntad del Estado.

II. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO MODERNO DE AGRAVIOS

El derecho de daños moderno, siguiendo el ejemplo de Oliver Wendell Holmes Jr., organiza los deberes de daños de acuerdo con el estado mental del acusado en el momento en que se incumplió el deber. Esto ha dado lugar a tres categorías de agravios: aquellos en los que el causante del daño causó intencionalmente un daño (agravios intencionales), aquellos en los que el causante del daño causó un daño por negligencia (negligencia) y aquellos en los que el causante del daño causó un daño sin culpa ni intención (responsabilidad estricta). .

Este esquema organizacional ilustra la forma en que un conflicto de políticas resurge en un cuerpo de doctrina jurídica en diferentes niveles de generalidad, pero se resuelve de manera diferente en diferentes niveles. El derecho de daños es, en teoría, un conjunto de normas basadas en la voluntad del Estado; sin embargo, el principio organizador central es la naturaleza del acto de voluntad del autor del daño que causa el daño. Aunque el concepto de responsabilidad extracontractual es mayoritario, las reglas más específicas que imponen responsabilidad reflejan al menos una deferencia limitada hacia el individualismo en el sentido de que condicionan la responsabilidad a algún acto de voluntad del autor del daño.

A. Agravio intencional

Los agravios intencionales generalmente se clasifican según el tipo de daño causado. Incluyen interferencias con la persona, como agresión, agresión y encarcelamiento falso; interferencias con la propiedad, tales como invasión de tierras, invasión de bienes muebles y conversión; y la interferencia en las relaciones económicas.

Todas las reglas que crean los agravios intencionales tienen esencialmente los mismos elementos genéricos. Como cuestión general, la responsabilidad por un agravio intencional surge cuando el demandado (1) realizó algún acto voluntario (2) con la intención de que el acto causara un daño, y (3) cuando el acto causa (4) un daño.

El conflicto básico en el derecho de daños entre una imposición de un deber basada en la voluntad del Estado y una imposición de un deber basada en la voluntad del individuo resurge dentro del daño intencional en la forma de la cuestión de cómo definir el concepto de intención. Esta cuestión se refleja en las definiciones contrastantes de intención adoptadas en dos casos bien conocidos: *Garratt contra Dailey* y *Cleveland Park Club contra Perry* .[1] Según la definición *de Garratt* , que es la más comúnmente aceptada de las dos, existe intención cuando el autor del daño actúa con el deseo de provocar el daño o con el conocimiento con certeza sustancial de que el daño ocurrirá. Sin embargo, según la definición *de Cleveland Park , existe intención cuando el autor del daño tenía la intención de realizar el acto que causó la lesión.* Es decir, según la definición de intención de *Cleveland Park* , el único ejercicio de la voluntad necesario para imponer la responsabilidad es una contracción muscular voluntaria. En consecuencia, la definición *de Cleveland Park* requiere una forma de intención mucho más débil y, por tanto, una expresión mucho más débil de la voluntad del individuo. Según la definición *de Cleveland Park* , el agravio intencional parece colapsar en responsabilidad objetiva, que, como se verá, es la forma menos individualista de agravio.

La diferencia entre los agravios intencionales reside principalmente en el tipo de lesión involucrada. Imponer intencionalmente un contacto corporal ofensivo, por ejemplo, es una agresión, mientras que restringir intencionalmente la libertad de movimiento de otra persona es un encarcelamiento falso.

Reglas adicionales limitan el alcance de la responsabilidad en virtud de agravios intencionales al crear defensas contra esos agravios. Una regla común, por ejemplo, establece que uno no es responsable de un daño intencional si la parte perjudicada consintió en causar el daño. Por lo tanto, un boxeador que resulta herido peleando en el ring probablemente descubriría que cualquier reclamo por agresión contra un oponente queda excluido por su consentimiento a la pelea.[2]

Aunque el derecho de daños es generalmente mayoritario, la defensa del consentimiento refleja una decisión judicial de favorecer la política del individualismo sobre la política del mayoritarismo en aquellos casos en los que se aplica la defensa. Si se le diera mayor peso al mayoritarismo, un tribunal podría negarse a permitir que los individuos consintieran en su propia destrucción.

Sin embargo, la doctrina del consentimiento no representa una victoria completa de la política del individualismo, ni siquiera en aquellas circunstancias en las que sí se aplica. Este hecho se refleja en la norma que mide el consentimiento con una prueba objetiva. Según esa prueba, se considera que una persona ha dado su consentimiento si una persona razonable hubiera interpretado que las palabras o la conducta de esa persona indicaban consentimiento, incluso si esa persona creía que no se había otorgado el consentimiento. Por ejemplo, se puede considerar que un boxeador que se pone los guantes y sube al ring aún con reservas mentales sobre si desea pelear ha dado su consentimiento porque su conducta externa le sugirió a una persona razonable que había dado su consentimiento. Así, el consentimiento puede encontrarse donde realmente no existe. Al encontrar consentimiento donde realmente no existe, la prueba objetiva, como el formalismo en general, está sujeta a la acusación de que produce resultados artificiales, de que trata como consentimiento algo que no es consentimiento en absoluto. En resumen, la política mayoritaria que subyace a la regla de la agresión está limitada por una política individualista que subyace a la defensa del consentimiento, que a su vez es subvertida por la prueba objetiva mayoritaria utilizada para interpretar las expresiones de la voluntad individual. Diferentes políticas prevalecen en diferentes niveles de generalidad.

Como en el caso de la prueba objetiva en el derecho contractual, la prueba objetiva en el derecho de daños se basa en parte en una política de eficiencia, porque evita la necesidad de realizar investigaciones inciertas y que consumen mucho tiempo sobre el estado mental real de una persona. Aunque a menudo se piensa que el individualismo y la eficiencia son consistentes en sus consecuencias, [3] la prueba objetiva refleja una situación en la que los tribunales promueven la eficiencia limitando *la* libertad individual. En el caso de la prueba objetiva, entonces, las dos políticas de individualismo y eficiencia se oponen.

B. Negligencia

La regla que impone responsabilidad por negligencia generalmente requiere que estén presentes cuatro elementos: (1) el demandado debía un deber de diligencia razonable hacia el demandante, (2) el demandado incumplió el deber, (3) el demandante resultó perjudicado, y (4) la infracción fue la causa real e inmediata del daño.

La característica distintiva de la negligencia es que el deber impuesto suele ser el de ejercer un cuidado razonable. A quien no ejerce un cuidado razonable se le suele decir que tiene "culpa". Por tanto, la responsabilidad basada en negligencia suele denominarse responsabilidad basada en culpa.

Algunos historiadores del derecho sostienen que la creación del agravio por negligencia representó una elección política consciente para limitar la responsabilidad con el fin de promover el crecimiento económico. [4] Según este punto de vista, antes de mediados del siglo XIX, quien dañaba a otro era muy a menudo responsable aunque no tuviera culpa. [5] La Revolución Industrial del siglo XIX provocó un número cada vez mayor de lesiones cuya compensación habría sido costosa. Para limitar la responsabilidad de estas empresas industriales emergentes y promover el crecimiento económico, los tribunales modificaron las reglas existentes para que la responsabilidad surgiera sólo en situaciones en las que el demandado no ejerció un cuidado razonable.

Por tanto, la negligencia se basaba en una teoría utilitarista de la justicia, según la cual los tribunales concluían que la sociedad en su conjunto se beneficiaría más de tener trenes y fábricas que de compensar a las víctimas. Los tribunales prefirieron el utilitarismo a los derechos de los perjudicados y decidieron que los perjudicados no recibirían compensación si el acusado hubiera actuado razonablemente. Por el contrario, al menos algunas teorías de la justicia basadas en los derechos habrían apoyado la conclusión de que un ferrocarril que incendió cultivos en tierras de cultivo adyacentes al ferrocarril o el propietario de una fábrica cuyo equipo defectuoso destrozó a un trabajador debería compensar a los lesionados.

La norma que impone responsabilidad por negligencia, al igual que las que imponen responsabilidad por agravios intencionales, está limitada por varias normas que crean defensas contra la responsabilidad. Por ejemplo, en muchas jurisdicciones el acusado no es responsable de las lesiones causadas por negligencia si la víctima asumió el riesgo de la lesión, como en situaciones en las que una persona viaja en un automóvil con un conductor evidentemente ebrio. La defensa de la asunción de riesgo en casos de negligencia es análoga a la defensa del consentimiento en casos de agravio intencional. Al igual que la defensa del consentimiento, se basa en una política individualista según la cual la expresión de la voluntad de la víctima al encontrarse con un peligro limita la responsabilidad que de otro modo el Estado impondría al autor del daño. Esto ilustra el fenómeno en el que una regla general basada en una política está limitada por una regla más específica basada en una política opuesta. Una vez más, aunque las obligaciones por daños son generalmente

mayoritarias, la asunción de la defensa contra el riesgo refleja la política opuesta del individualismo.
Consideremos ahora algunas de las reglas que definen los elementos del agravio por negligencia.

1. LESIÓN

El elemento de lesión estuvo limitado durante muchos años por una norma que restringía la responsabilidad en gran medida a los casos de lesiones físicas a personas o bienes. Así, por ejemplo, uno no era responsable de negligencia cuando el único daño era angustia emocional o pérdida de beneficios futuros. Esta regla se basó en parte en una política de eficiencia. Los tribunales deseaban evitar litigios prolongados sobre reclamaciones que eran difíciles de evaluar.
En el siglo XX, los tribunales cambiaron sus preferencias políticas hacia la justicia para los perjudicados, con el resultado de que el lucro cesante y la angustia emocional a veces se consideran una "lesión", como se usa ese término en el agravio por negligencia. Sin embargo, los tribunales parecen considerar que las políticas opuestas están casi equilibradas y, por lo tanto, definen la angustia emocional o el lucro cesante como un daño compensable sólo en ciertas circunstancias limitadas.[6] Los tribunales han preferido sopesar las políticas casi caso por caso, en lugar de establecer una regla amplia a favor o en contra de la responsabilidad.

2. CAUSALIDAD

El elemento de causalidad se satisface cuando el incumplimiento por parte del demandado del deber de diligencia razonable es la causa real y próxima del daño. Como regla general, existe causalidad real cuando, de no ser por el incumplimiento del demandado, el daño no habría ocurrido.
Esta prueba del "contrafáctico" ha resultado inadecuada cuando dos acusados causan conjuntamente un daño que se habría producido incluso si sólo uno de ellos hubiera actuado. Por ejemplo, si dos hombres disparan negligentemente armas de fuego y ambos disparan tiros mortales contra la víctima, en el sentido común del término ambos hombres "causaron" la lesión. Sin embargo, al aplicar la prueba "contrafáctica", no se puede demostrar que ninguno de los dos hombres lo haya causado. Si el primer hombre no hubiera disparado su arma, la víctima igualmente habría muerto con el segundo disparo. Por lo tanto, no se puede decir que, de no haber sido por la negligencia del primer hombre, la lesión no se habría producido. El mismo razonamiento exonera también al segundo hombre. En otras palabras, la prueba del "contrafáctico" eximiría a ambos pistoleros de responsabilidad por el tiroteo.
En consecuencia, muchos tribunales han adoptado una norma que proporciona una definición alternativa de causalidad real. Según esta regla, el incumplimiento del deber por parte de un acusado se considera la causa real de un daño si fue un factor sustancial para

provocar el daño, incluso aunque el incumplimiento pueda no haber sido la causa "de no ser por". El resultado de aplicar esta prueba a las circunstancias del tiroteo sería que cualquiera de los dos pistoleros sería considerado la causa de la muerte.

Una dificultad importante que se encuentra al definir la causalidad es que un acto tiene un número infinito de consecuencias. El derecho de daños ha abordado este problema de forma muy parecida al derecho contractual: utilizando el concepto de previsibilidad.[7] Para evitar la imposición de una responsabilidad infinita, los tribunales han definido el elemento de causalidad para exigir que el incumplimiento del demandado sea no sólo la causa real, sino también la próxima, del daño. Una regla común que define la causalidad próxima sostiene que un acto es la causa próxima de un daño si era previsible que el acto causaría ese tipo de daño a esa clase de personas.

La norma que limita la responsabilidad a los daños previsibles parece estar en contradicción, como cuestión de política, con otra norma que define el alcance de los daños recuperables. Esta norma establece que el demandado acepta al demandante tal como éste se encuentra. Es decir, si el acusado realiza un acto que causaría sólo un daño físico muy menor a la persona común, pero que, debido a una sensibilidad peculiar, causa un daño grave a la víctima, el acusado será responsable de todo el daño. Por tanto, el tipo de lesión debía haber sido previsible, pero no su grado. Estas reglas inconsistentes pueden considerarse como el resultado de una serie de decisiones políticas deliberadas en las que los tribunales alternan entre una teoría de la justicia basada en los derechos, que requiere compensar a la víctima, y una teoría utilitarista de la justicia, que busca promover la actividad productiva mediante limitar la responsabilidad. Ninguna de estas políticas prevalece en todos los casos.

3. INCUMPLIMIENTO

La norma que define el incumplimiento del deber de diligencia razonable adopta una prueba objetiva. Específicamente, se considerará que el acusado ha incumplido el deber si no ejerció el grado de diligencia que una persona razonable habría ejercido en las mismas circunstancias. Como en otras situaciones en las que se aplica, el uso de la prueba objetiva para medir la negligencia refleja formalismo y políticas de eficiencia y mayoritarismo. Según la prueba objetiva, el estándar de atención requerido no se particulariza para cada individuo sino que se generaliza para todos. De esta manera promueve la uniformidad y previsibilidad en la aplicación de la ley. La prueba objetiva promueve la eficiencia porque las partes y los jurados se ahorran la tarea de investigar qué es un cuidado razonable para individuos específicos. También promueve la eficiencia en la medida en que el cuidado razonable se equipara con una conducta que conserva los recursos. Es una doctrina mayoritaria en el sentido de que permite al tribunal, en nombre de la comunidad, definir el cuidado razonable de acuerdo con sus propios puntos de vista sobre una política sólida.

Como ocurre con el formalismo en general, es probable que la prueba objetiva sea demasiado o insuficientemente inclusiva. Es decir, la prueba objetiva puede ser demasiado inclusiva al exigir una conducta por parte de algunas personas que para ellas sería un

ejercicio de cuidado extraordinario, o incluso imposible. Puede ser poco inclusivo al exigir una conducta por parte de algunas personas que requiere mucho menos cuidado del que razonablemente podrían haber tenido. La negligencia medida mediante una prueba objetiva no significa que la persona actuó con menos cuidado de lo que normalmente lo hace, sino sólo que no ejerció el grado de cuidado que alguna persona hipotéticamente razonable habría ejercido.

El uso de un estándar objetivo para medir la negligencia puede imponer a algunas personas lo que equivale a responsabilidad sin culpa. No importa cuánto esfuerzo haga esa persona, no se puede evitar la responsabilidad porque esa persona no es capaz de brindar el nivel de cuidado requerido por el estándar de persona razonable. Esto ilustra nuevamente cómo una regla específica que define una regla más general puede basarse en una política que subvierte la política subyacente a la regla general. Aunque la responsabilidad por daños es generalmente mayoritaria, el paso a un estándar de negligencia, al centrarse en la voluntad individual, empujó el derecho de daños hacia una política de individualismo. Sin embargo, la norma objetiva, en la medida en que impone responsabilidad a un acusado en particular, independientemente de su estado mental, aleja el derecho de daños del individualismo y lo vuelve a acercar a una política mayoritaria; de hecho, hasta tal punto que la negligencia bajo una norma objetiva La norma puede convertirse en responsabilidad estricta en casos específicos.

El término *cuidado razonable* ilustra la indeterminación de muchos estándares legales. El término es tan general que a menudo es casi imposible determinar si se cumple el elemento de incumplimiento del deber.

Los tribunales han abordado el problema de la indeterminación con esfuerzos por lograr una mayor especificidad. Por ejemplo, algunos tribunales han adoptado una norma que define el cuidado razonable de acuerdo con la conocida Fórmula Hand, que lleva el nombre de Learned Hand, un juez federal de apelaciones de Nueva York. Según esa fórmula, el cuidado razonable requiere que el acusado prevenga una lesión sólo si la carga de la prevención es menor que la lesión potencial, descontada por la probabilidad de que la lesión ocurra.[8]

La fórmula de la mano refleja una preferencia por una teoría de la justicia utilitarista sobre una teoría de la justicia basada en derechos. Según la fórmula de la mano, si prevenir la lesión consumirá más recursos que permitir que se produzca, entonces es razonable permitir la lesión. Un acusado puede participar en una conducta que sea enormemente destructiva para otros, siempre que esa conducta sea beneficiosa para la sociedad en su conjunto. La Fórmula Hand también representa un reconocimiento por parte del tribunal de que el término *cuidado razonable* debe aplicarse no mediante una lógica formal, sino determinando si la conducta del acusado promueve las políticas subyacentes. Al mismo tiempo, la Fórmula de la Mano busca definir un estándar en términos de regla.

4. DEBER

El elemento del deber suele definirse mediante una regla muy general que establece que el tribunal determinará si existe un deber basándose en consideraciones de política. Dado que la existencia de un deber la determina el tribunal y no un jurado, se dice que si existe un deber es una cuestión de derecho.

La regla que define cuándo existe un deber no prescribe ningún hecho específico que deba estar presente para que exista un deber, sino que simplemente autoriza al tribunal a considerar cualquier hecho relevante para lo que considera una consideración de política legítima. Esto no significa que la ley sea completamente indeterminada sobre la cuestión de si existe un deber. De hecho, la jurisprudencia ha dado lugar a una serie de normas que declaran que un deber existe o no en contextos fácticos específicos.

Así, por ejemplo, la mayoría de los tribunales sostienen que todos los individuos tienen el deber de no causar daños físicos a quienes previsiblemente podrían resultar perjudicados por no ejercer un cuidado razonable. Al mismo tiempo, la mayoría de los tribunales sostienen que un abogado no tiene el deber de ejercer un cuidado razonable para evitar incluso pérdidas económicas previsibles para la parte contraria en un litigio.

C. Responsabilidad estricta

La tercera categoría de obligaciones extracontractuales se basa en la "responsabilidad estricta" o la "responsabilidad sin culpa". Cuando se impone responsabilidad estricta, el demandado puede haber actuado sin negligencia ni intención de causar daño, pero debe compensar al demandante por cualquier daño resultante.

El clásico ejemplo moderno de responsabilidad objetiva implica una actividad anormalmente peligrosa. La norma que crea responsabilidad por tal conducta establece que uno es responsable de una compensación si se involucra en una actividad anormalmente peligrosa que cause daño.

La responsabilidad objetiva es la menos individualista de las tres formas de responsabilidad extracontractual. El único ejercicio de la voluntad individual requerido es el acto de realizar la actividad.

El elemento de una actividad anormalmente peligrosa a menudo se define mediante una regla que enumera una serie de factores que pueden indicar si una actividad es anormalmente peligrosa, aunque ningún factor es determinante. Existe un factor, por ejemplo, cuando la actividad presenta un alto riesgo de peligro. Otro existe cuando el peligro no puede evitarse ejerciendo cuidado. Existe un tercer factor cuando el valor de la actividad para la comunidad es superado por sus atributos peligrosos.

En el caso de actividades anormalmente peligrosas, los tribunales han sopesado las mismas teorías de justicia utilitarias y basadas en derechos que sopesaron en el caso de negligencia, pero han llegado a un resultado diferente. Han llegado a la conclusión de que la justicia para cada víctima requiere que las actividades anormalmente peligrosas se paguen compensando a los perjudicados.

La imposición de responsabilidad estricta sobre actividades anormalmente peligrosas ilustra la forma en que un cambio en los hechos altera la relación entre fines y medios y, por lo tanto, produce un resultado diferente, incluso cuando los pesos relativos de las políticas siguen siendo los mismos. [9] Permitir actividades anormalmente peligrosas es potencialmente mucho más costoso para los derechos de las víctimas y menos beneficioso para la sociedad en su conjunto que permitir actividades ordinarias. De hecho, un factor que define una actividad anormalmente peligrosa es que el peligro supera el beneficio para la comunidad. Una regla de negligencia, que fomente efectivamente la actividad aislándola de responsabilidad cuando se han tomado precauciones razonables, sería mucho más costosa en términos de justicia para la víctima y mucho menos productiva en beneficio social en el caso de actividades anormalmente peligrosas que en el caso de actividades ordinarias. De hecho, debido a que, por definición, las actividades anormalmente peligrosas son aquellas que no pueden prevenirse con un cuidado razonable, una norma de negligencia exoneraría a quienes tomaron medidas preventivas que de antemano se sabía que eran ineficaces. Por lo tanto, los tribunales han decidido que, en el caso de actividades anormalmente peligrosas, el mayor beneficio político se derivará de imponer un estándar de responsabilidad objetiva en lugar de un estándar de negligencia. Es decir, en el caso de

actividades anormalmente peligrosas, la negligencia es un medio inferior, en relación con la responsabilidad objetiva, para promover las políticas buscadas por ambas reglas.

También se ha impuesto una responsabilidad estricta a los fabricantes de productos de consumo defectuosos. Según la doctrina de responsabilidad estricta de los productos, los tribunales generalmente sostienen que quien vende un producto que se encuentra en una "condición defectuosa irrazonablemente peligrosa" tiene el deber de compensar a los usuarios previsibles del producto que resulten perjudicados por el defecto, independientemente de si el defecto fue el resultado de la negligencia.

La doctrina de la responsabilidad estricta de los productos se inspiró originalmente en el incumplimiento de la garantía en el derecho contractual. Los tribunales señalaron que la ley implicaba en los contratos de venta de bienes una garantía de que los bienes eran de calidad comercializable. Esta garantía fue incumplida cuando la mercancía no era de dicha calidad.

Debido a que las garantías estaban implícitas en los contratos de venta independientemente de si las partes las habían incluido en sus promesas, los tribunales de mediados del siglo XX comenzaron a reconocer que las garantías implícitas creaban deberes más parecidos a un agravio que a un contrato. En consecuencia, impusieron una obligación extracontractual de no vender un producto en estado defectuoso que fuera irrazonablemente peligroso. Las garantías contractuales implícitas seguían existiendo, pero estaban sujetas a los tecnicismos del derecho contractual. Por lo tanto, las partes perjudicadas a menudo podrían recuperarse más fácilmente bajo la doctrina extracontractual de responsabilidad estricta por productos que bajo la doctrina contractual de garantía implícita.

Las políticas subyacentes a la garantía implícita y la responsabilidad estricta de los productos incluían las del mayoritarismo y una teoría de la justicia basada en los derechos. Bajo la política de mayoritarismo, los partidos estaban protegidos por el tribunal contra su falta de obtención de garantías expresas de seguridad. Al mismo tiempo, los tribunales consideraron justo exigir al vendedor cuyo producto había causado el daño que compensara al perjudicado. Algunos argumentaron que la responsabilidad objetiva por productos también estaba respaldada por una política de eficiencia porque la doctrina obligaba a los fabricantes a internalizar el costo de los daños causados por los productos e incorporar ese costo en el precio del producto. De esa manera, los productos que causan daños desproporcionados a su valor social (y por lo tanto son socialmente ineficientes) tendrán un precio superior al que los consumidores están dispuestos a pagar y, por lo tanto, serán expulsados del mercado.

Al adoptar reglas más específicas para definir el elemento de un producto defectuoso, algunos tribunales han elaborado reglas que se asemejan a la definición de incumplimiento del cuidado razonable en la teoría de la negligencia. Una definición de ese elemento sostiene que un producto es defectuoso si el fabricante ordinario y prudente, consciente del riesgo, no lo habría comercializado, un estándar que sugiere la prueba de la persona razonable.[10] Otra definición establece que un producto es defectuoso si presenta un peligro excesivo que se puede prevenir, lo que se determina sopesando la carga de prevenir el

peligro frente al grado del peligro y la probabilidad de que ocurra. [11] una prueba que recuerda a la Fórmula de Mano por negligencia. Como se señaló anteriormente, la teoría de la negligencia se basa en una teoría utilitarista de la justicia más que en una teoría basada en los derechos.

Por lo tanto, el conflicto de políticas que parecía haberse resuelto al adoptar la regla estricta de responsabilidad por productos simplemente resurgió al adoptar reglas más específicas que definían la regla general. Además, los tribunales resolvieron los conflictos de políticas de manera diferente al adoptar reglas más específicas que al adoptar la regla general. Incapaces de resolver completamente los conflictos de políticas, los tribunales favorecen una política al adoptar una regla general y la política opuesta al definir los términos de la regla general.

El abogado que intenta defender un resultado particular en un caso que involucra la doctrina de responsabilidad por productos defectuosos puede encontrar apoyo político para muchos resultados diferentes explícitamente dentro de los casos que crean y definen la doctrina. Las políticas que justificaron la creación inicial de la doctrina favorecen una responsabilidad ampliada para el fabricante, mientras que las políticas que sustentan la definición de producto defectuoso respaldan una responsabilidad potencial más limitada para el fabricante. La doctrina estricta de responsabilidad por productos se basa en políticas que pueden justificar argumentos a favor tanto de la responsabilidad ampliada como de la reducida.

9

LEY CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es la ley que define aquellas relaciones jurídicas, como poderes, derechos, deberes, privilegios e inmunidades, creadas por una constitución. En otras palabras, es la ley que rige la aplicación de las disposiciones de una constitución. Como el término es comúnmente utilizado por la mayoría de los abogados estadounidenses, generalmente se refiere a la aplicación de las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos, y ese es el sentido principal en el que se usa el término aquí.

La Constitución es una carta que tiene cuatro funciones principales. Primero, establece un gobierno federal y define sus poderes. En segundo lugar, crea dentro del gobierno federal tres poderes y define las relaciones jurídicas entre esos poderes. En tercer lugar, define ciertos derechos que tienen los individuos frente a los gobiernos federal y estatal. Finalmente, define las relaciones jurídicas que existen entre estados individuales.

I. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Muchas de las disposiciones de la Constitución están redactadas en términos muy generales y, por tanto, son especialmente indeterminadas. En consecuencia, el lenguaje de la Constitución resuelve relativamente pocas disputas. Los tribunales han abordado el problema de la indeterminación adoptando normas de jurisprudencia más específicas que definen, aplican y limitan las disposiciones de la Constitución.

Las normas de jurisprudencia más específicas añaden contenido a las disposiciones generales de la Constitución y proporcionan la previsibilidad que existe en el derecho constitucional. Por esta razón, un constitucionalista dedica muy poco tiempo a estudiar el lenguaje de la Constitución. Más bien, el estudio del derecho constitucional es casi exclusivamente el estudio de casos.[1]

De hecho, han surgido cuerpos enteros de derecho constitucional que no se basan en ninguna disposición específica. Esa ley puede basarse en la naturaleza de la Constitución en su conjunto o en varias disposiciones tomadas en conjunto. Un ejemplo de lo primero es la doctrina de la separación de poderes. La Constitución no utiliza ese término en ninguna parte, sin embargo, la Corte Suprema ha decidido que ciertas limitaciones al poder de cada rama del gobierno están implícitas en el esquema constitucional. Un ejemplo de doctrina constitucional basada en varias disposiciones tomadas en conjunto es el derecho a la privacidad. La Constitución no menciona el derecho a la privacidad, pero la Corte Suprema ha decidido que se crea por "emanaciones" de varios de los artículos de la Declaración de Derechos. [2] En otras palabras, al igual que la doctrina de la separación de poderes, el derecho a la privacidad está implícito.

La interpretación constitucional es una cuestión de mayor peso que la interpretación legal. Una razón para esto es que las disposiciones constitucionales, como ley fundamental, pretenden ser más duraderas que las leyes y, en general, son difíciles de modificar. Si un tribunal malinterpreta una ley, la legislatura puede modificarla con relativa facilidad para dejar claro el significado pretendido. Sin embargo, si el tribunal se equivoca en la interpretación constitucional, el error no puede corregirse fácilmente mediante una enmienda.

Otra razón por la que las ramificaciones de la interpretación constitucional suelen ser mucho mayores que las ramificaciones de la interpretación estatutaria es que la Constitución es la ley suprema del país. Una interpretación de la Constitución puede invalidar leyes que van desde estatutos federales hasta ordenanzas locales, mientras que el efecto de una interpretación legal suele ser mucho menos radical.

Las diferencias entre la interpretación constitucional y estatutaria han dado lugar a una regla de moderación judicial según la cual los tribunales tratan de decidir casos sin aplicar el derecho constitucional, si es posible. Supongamos, por ejemplo, que una ley penal prohíbe la venta de "pornografía". Una persona acusada de violación del estatuto tiene al menos dos argumentos: el estatuto no se aplica porque el artículo vendido por esa persona no era pornografía según lo definido por el estatuto, e incluso si se aplica, el estatuto no es

válido según se aplica a esa persona. porque viola el derecho constitucional de libertad de expresión de esa persona. Si el tribunal determina que el material no es pornográfico, esa decisión requiere que se desestimen los cargos, independientemente de si el estatuto es constitucional o no. Por lo tanto, el tribunal generalmente considerará la cuestión de la interpretación de la ley antes de llegar a la cuestión de la interpretación constitucional, porque ese enfoque puede evitar la necesidad de interpretar la Constitución en absoluto.

La tensión entre una interpretación basada en el texto y otra basada en evidencia extrínseca que impregna la interpretación legal [3] se refleja también en la interpretación constitucional. Al interpretar la Constitución, los tribunales emplean una variedad de teorías interpretativas, incluido el textualismo, la teoría de que las cuestiones de derecho constitucional deben decidirse con referencia al lenguaje de la Constitución, y el intencionalismo, la teoría de que las cuestiones de derecho constitucional deben decidirse mediante el discernimiento. la intención de los redactores expresada en fuentes fuera del texto. A veces se hace referencia colectivamente al textualismo y al intencionalismo como originalismo porque, en última instancia, miran a la comprensión original de los redactores.

Una tercera alternativa, a menudo llamada no originalismo, intenta interpretar la Constitución de acuerdo con un conjunto de normas comunitarias en evolución. Este tercer enfoque es similar al intencionalismo en el sentido de que se busca orientación fuera del texto, pero difiere del intencionalismo en que las políticas que busca promover no son las que están en la mente de los redactores sino las de la comunidad contemporánea.

Este enfoque no originalista evita las limitaciones obvias de los otros enfoques. Reconoce que el texto de la Constitución suele ser demasiado vago para resolver la mayoría de las disputas. Al mismo tiempo, el intento de discernir la intención detrás del lenguaje está condenado al fracaso porque a menudo no es posible sondear las mentes de hombres muertos durante casi doscientos años y, en cualquier caso, los redactores no habrían tenido ninguna intención con respecto a muchas cuestiones que surgen en el mundo moderno. De hecho, todos los problemas que caracterizan a las teorías intencionalistas de interpretación jurídica se aplican con igual o mayor fuerza a las teorías intencionalistas de interpretación constitucional. Una teoría de la interpretación no originalista permite que un documento estático evolucione con los tiempos, dando nuevos significados a los términos en respuesta a circunstancias históricas cambiantes. Muchos sostienen que este enfoque flexible es especialmente apropiado para una Constitución, que debe perdurar durante siglos y, por lo tanto, debe adaptarse a nuevas situaciones. De hecho, sostienen algunos, los propios redactores de la Constitución creían que la Constitución debería interpretarse de esta manera.

Al mismo tiempo, el no originalismo está sujeto a la crítica de que permite a la corte reescribir la Constitución de acuerdo con sus propios puntos de vista, bajo el pretexto de que estos puntos de vista representan el sentimiento de la comunidad, una crítica que refleja también las objeciones a las teorías no originalistas de interpretación legal. . Además, incluso si la interpretación que hace el tribunal del sentimiento comunitario es precisa, uno de los propósitos de la Constitución es proporcionar un conjunto estable de

principios legales que resistan los cambios en el sentimiento político. Si el tribunal mira más allá del sentimiento comunitario para interpretar el lenguaje de la Constitución, argumentan los críticos del no originalismo, entonces el tribunal puede convertirse en poco más que un tirano no elegido, que impone leyes sobre la base de sus propios caprichos. Por tanto, las teorías de interpretación no originalistas son políticamente controvertidas, aunque muchos estudiosos sostienen que ninguna otra forma de interpretación es realmente posible.

II. PODERES DEL GOBIERNO: FEDERALISMO

Uno de los objetivos principales de la Constitución es definir los poderes del gobierno federal. [4] Una larga serie de cláusulas confieren al gobierno federal el poder de tomar diversas acciones o promulgar ciertos tipos de leyes.

La distribución de poderes entre los gobiernos federal y estatal refleja la teoría del federalismo. Esta sección proporciona una descripción básica de esa teoría e ilustra cómo la Constitución faculta al gobierno federal al analizar brevemente una de esas cláusulas facultativas, la cláusula de comercio.

El término *federalismo* se refiere colectivamente a varias reglas y políticas subyacentes. Una regla, codificada en la Décima Enmienda de la Constitución, sostiene que el gobierno federal sólo tiene los poderes que le otorga la Constitución. Otra regla, establecida en la Cláusula de Supremacía, sostiene que cuando el gobierno federal tiene el poder de promulgar una ley, esa ley es la ley suprema del país y prevalece sobre todas las leyes estatales y locales inconsistentes en todos los tribunales estadounidenses. En otras palabras, las reglas del federalismo limitan el poder tanto del gobierno federal como del estatal.

El federalismo representó un compromiso entre las políticas opuestas de proteger la libertad y garantizar la eficacia del gobierno. Se pensaba que era más probable que un gobierno centralizado fuerte destruyera los derechos individuales, pero la experiencia bajo los Artículos de la Confederación, los estatutos del gobierno nacional que precedieron a la Constitución, demostró que si el poder estaba demasiado descentralizado, el gobierno nacional sería incapaz de funcionar. El compromiso fue otorgar al gobierno federal sólo ciertos poderes específicos pero hacerlo supremo dentro del ámbito de esos poderes.

Así, el federalismo refleja la tensión recurrente entre la comunidad y el individuo. El bienestar de la comunidad exige un gobierno eficaz, pero proteger los derechos del individuo requiere un gobierno limitado y, por tanto, dividido.

El federalismo también ilustra el fenómeno en el que una política expresada en un nivel de generalidad moderadamente alto es en realidad un medio para una política aún más general. Los redactores no consideraron que la división del poder entre los gobiernos federal y estatal fuera un fin en sí mismo, sino simplemente un medio para preservar la libertad.

Uno de los poderes en los que más frecuentemente se basa el gobierno federal al promulgar legislación es la cláusula comercial. La cláusula comercial establece que el Congreso tendrá la facultad de regular el comercio "entre los distintos estados". Así, la norma constitucional que crea esta facultad tiene dos elementos. Primero, el estatuto debe ser una regulación del comercio. En segundo lugar, el comercio debe realizarse entre los distintos estados.

A principios del siglo XIX, en *Gibbons v. Ogden* , la Corte Suprema definió estos elementos. [5] El comercio se definía como “intercambio”, es decir, más que el mero comercio y se extendía a la navegación. El comercio entre los estados se definió como “aquel comercio que afecta a más de uno”.

Sin embargo, las reglas que definen estos elementos han cambiado con el tiempo, dependiendo de la filosofía política de la Corte Suprema. A finales del siglo XIX, por ejemplo, una Corte Suprema hostil a la regulación económica federal añadió reglas que limitaban el alcance de estos elementos. Una de esas reglas disponía que el poder comercial no incluía el poder de regular la manufactura. Es decir, el término *comercio* se definió para excluir la manufactura.[6]

La hostilidad del Tribunal hacia la regulación federal del comercio terminó en 1937 con *NLRB contra Jones & Laughlin Steel Corp.* , en el que el Tribunal definió el poder comercial para autorizar la regulación de cualquier actividad que tenga una "relación estrecha y sustancial" con el comercio interestatal. Casos posteriores han perfeccionado esta regla para exigir un efecto económico sustancial en el comercio interestatal. En *Wickard v. Filburn* , la Corte agregó una regla que define aún más el poder comercial para incluir el poder de regular actividades que, aunque triviales en sí mismas, cuando se agregan a todas las demás actividades de la misma clase tienen un efecto económico sustancial en el comercio interestatal. [7] Por lo tanto, el gobierno federal podría regular la producción de trigo de un agricultor para el consumo en su finca porque todo el trigo cultivado localmente en el país, cuando se agrega, tiene un efecto sustancial en el comercio interestatal.

En la década de 1990, la filosofía de la Corte Suprema había cambiado nuevamente y buscó limitar el poder federal bajo la cláusula comercial. Por ejemplo, en *Estados Unidos contra Morrison* , la Corte sostuvo que existe una excepción a la regla de agregación *de Wickard* cuando la actividad que se regula es un delito violento no económico. [8] Por lo tanto, se consideró que un estatuto federal que autorizaba a las mujeres que eran víctimas de violencia doméstica o agresión sexual a demandar al perpetrador por daños monetarios excedía el poder del Congreso bajo la cláusula de comercio, a pesar de que el Congreso había determinado que la violencia contra las mujeres, en conjunto, tenía un efecto sustancial en el comercio interestatal.

Otra línea de casos ha creado una regla según la cual el Congreso tiene pleno poder para excluir cualquier artículo del comercio. Por ejemplo, en el caso de 1941 *Estados Unidos contra Darby* , la Corte sostuvo que el Congreso tiene el poder de excluir del comercio interestatal bienes fabricados por empleados que ganan menos que el salario mínimo federal.[9] La regla establecida por *Jones & Laughlin Steel* y la regla establecida por *Darby* son acumulativas porque si los hechos satisfacen los elementos de *cualquiera* de las reglas, entonces existe poder federal para regular bajo la cláusula de comercio.

Las reglas que definen la cláusula comercial en los tiempos modernos otorgan al Congreso mucho más poder del que poseía antes de 1937. El cambio de poder de los estados al gobierno federal reflejó un cambio en el juicio de la Corte Suprema sobre la relación entre fines y medios. La política subyacente al federalismo siguió siendo la protección de la libertad. Sin embargo, a mediados de la década de 1930, la Corte Suprema concluyó que para muchos estadounidenses la mayor amenaza a su libertad procedía de las grandes corporaciones y otras entidades privadas que, en virtud de su alcance nacional y su capacidad para reubicar instalaciones, no podían regularse eficazmente. por cualquier estado. Por lo tanto, la Corte decidió que un gobierno federal más fuerte y capaz de regular

estas entidades privadas en cualquier parte del país promovería, en lugar de impedir, la libertad individual.

Las reglas que definieron el poder comercial después de 1937 también reflejaron un cambio en el peso relativo otorgado a las políticas, que fue, más específicamente, un cambio de la autonomía al paternalismo. Antes de 1937, la Corte era hostil a los intentos del Congreso de intervenir en la esfera privada para proteger a agricultores, trabajadores, niños y otros grupos vulnerables. Después de 1937, ya no convencido de que muchas transacciones privadas fueran verdaderamente libres, la Corte dio mayor peso a la política de paternalismo, creyendo que el gobierno federal tiene un papel constitucionalmente permisible que desempeñar en la regulación de las transacciones privadas para proteger a los vulnerables.

Una de las características notables de la doctrina de las cláusulas comerciales de mediados del siglo XX fue que parecía conferir un poder muy amplio al gobierno federal. Pocas áreas de regulación parecían estar fuera del alcance del Congreso bajo la cláusula comercial. Una explicación para este resultado es que la conclusión de la Corte de que era necesario un gobierno federal más fuerte para proteger la libertad individual parecía sugerir que, en este caso, el mayoritarismo y el individualismo eran consistentes en sus consecuencias. Se pensaba que la protección de la libertad individual mejoraría al otorgarle mayor poder al gobierno federal. [10] La evolución de la doctrina de las cláusulas comerciales en el siglo XX ilustra así el punto planteado en el capítulo 6 de que un argumento particularmente fuerte es aquel que parece demostrar que dos políticas normalmente vistas como inconsistentes respaldan el resultado defendido por el abogado.

Los cambios en la asignación de poder entre los gobiernos federal y estatal en el siglo XX también ilustran la forma en que las políticas expresadas con un alto nivel de generalidad son indeterminadas a menos que se hagan suposiciones adicionales sobre la relación entre fines y medios en un contexto fáctico particular. Incluso suponiendo que uno decida que la ley debe proteger la libertad individual, formular la política en ese nivel de generalidad resuelve pocas cuestiones. A finales del siglo XIX, se pensaba que la protección de la libertad se podía promover limitando drásticamente el poder del gobierno federal, mientras que a mediados del siglo XX se pensaba que se podía promover mediante un gobierno federal fuerte. Expresada en un alto nivel de generalidad, la política del individualismo es en gran medida indeterminada en cuanto a la asignación adecuada de poder entre los gobiernos federal y estatal.

Sólo cuando los tribunales hacen suposiciones adicionales y más específicas sobre los medios más eficaces para proteger la libertad, la política del individualismo se vuelve más determinada, y sólo entonces dirige al abogado a expandir o contraer el poder federal. Estos supuestos adicionales se extraen del contexto fáctico en el que se aplicará la política. Al determinar en un contexto particular las mayores amenazas a la libertad individual y emitir juicios sobre cómo se pueden contrarrestar mejor esas amenazas, el abogado puede llegar a algunas conclusiones sobre si la política individualista subyacente al federalismo en ese contexto exige un gobierno federal más fuerte o más débil.

III. DERECHOS INDIVIDUALES

La Constitución, particularmente en la Declaración de Derechos, prescribe ciertos derechos que tienen los individuos. Se puede considerar que estas disposiciones crean reglas que limitan las reglas que definen el poder del gobierno federal. Además, debido a la Cláusula de Supremacía, en la medida en que las reglas que codifican los derechos individuales se interpretan como aplicables a los estados, prevalecen sobre la ley estatal inconsistente. En esa situación, estas reglas también limitarían el poder de los gobiernos estatales tal como se define en las constituciones estatales.

Los redactores de la Constitución concibieron la ley natural como la creación de ciertos derechos que ningún gobierno podría legalmente menoscabar. Se consideró que la Declaración de Derechos era una especie de codificación de algunos de estos derechos, no una lista exclusiva. De hecho, la Novena Enmienda establece expresamente que "la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no deberá interpretarse en el sentido de negar o menospreciar otros que conserva el pueblo". Es decir, los redactores creían que los individuos tienen derechos adicionales que surgen del derecho natural y que no estaban expresamente incluidos en la Declaración de Derechos.

En los años inmediatamente posteriores a la adopción de la Constitución, la Corte Suprema a veces reivindicaba la facultad de invalidar la legislación basándose en que era incompatible con el derecho natural.[11] Sin embargo, a medida que disminuyó la creencia en la ley natural, esa idea cayó en desgracia. Hoy en día, de acuerdo con el positivismo, la Corte Suprema no reconocerá la existencia de un derecho según la Constitución a menos que se pueda decir que el derecho ha sido codificado al menos implícitamente en una o más de las disposiciones escritas específicas de la Constitución.

A. Libertad de expresión

Uno de los derechos más importantes enumerados en la Declaración de Derechos es el de la libertad de expresión, que se establece en la Primera Enmienda. El texto de la enmienda establece que "el Congreso no promulgará ninguna ley... que limite la libertad de expresión".

Aunque esta norma está redactada como una limitación del poder del Congreso, se ha sostenido que también limita el poder de los estados.[12] La regla tiene tres elementos: si (1) el ejercicio del poder gubernamental (2) limita (3) la libertad de expresión, entonces el poder del gobierno para tomar la acción se extingue a menos que el gobierno pueda ofrecer una justificación suficiente.

La Corte Suprema ha adoptado normas jurisprudenciales que definen cada uno de estos tres elementos. El término *discurso* , por ejemplo, se define como cualquier actividad que tiene como objetivo transmitir un mensaje, cuando es probable que un observador comprenda el mensaje. Así, por ejemplo, llevar un brazalete negro y quemar la bandera estadounidense como formas de protesta política se han considerado "discurso", incluso si no se pronuncian palabras, porque ambas acciones comunican un mensaje.[13]

Una regla importante que limita el derecho a la libertad de expresión es la doctrina de la obscenidad. Esa doctrina establece que, si el discurso es obsceno, entonces no entra dentro del significado de discurso protegido por la Primera Enmienda. Por tanto, el predicado fáctico tiene un solo elemento: el discurso obsceno.

El predicado fáctico de la doctrina de la obscenidad ha sido definido por otra regla, denominada prueba de *Miller* .[14] Según esa prueba, el discurso es obsceno si (1) la persona promedio, aplicando los estándares comunitarios contemporáneos, encontraría que la obra, tomada en su conjunto, apela al interés lascivo en el sexo; (2) el trabajo representa o describe, de una manera evidentemente ofensiva, una conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable; y (3) la obra, en su conjunto, carece de valor literario, artístico, político o científico serio.

La regla de que la libertad de expresión no protege la obscenidad se basa en un compromiso entre consideraciones políticas contrapuestas. La política de mayoritarismo exige ceder al juicio de la legislatura, en particular el juicio de que la obscenidad debe ser suprimida por el bien de la comunidad. Contra esta política mayoritaria se encuentra la política de proteger la expresión individual, incluida aquella que pueda ser objetable para la mayoría.

Recuerde que el equilibrio normalmente requiere que el abogado emita juicios sobre la relación entre fines y medios. En el caso de la obscenidad, los tribunales han decidido que la obscenidad no contribuye mucho a las políticas que apoyan la libertad de expresión. Por ejemplo, la propagación de la obscenidad no es un medio estrechamente relacionado con la promoción del funcionamiento de una democracia, sobre todo teniendo en cuenta que la obscenidad, por definición, no tiene ningún valor literario, artístico, político o científico

serio. En consecuencia, el derecho del individuo a expresarse de manera obscena se ve superado por el deseo de la mayoría de suprimir la obscenidad.

La norma que define la obscenidad ilustra la indeterminación de muchas normas jurídicas. La definición de obscenidad ha sido frecuentemente criticada sobre la base de que personas razonables podrían diferir en cuanto a si la definición se aplica a un caso particular de expresión. De hecho, la dificultad inherente de definir el término llevó al juez de la Corte Suprema Potter Stewart a escribir en una opinión muy citada que tal vez sería imposible definir la obscenidad de manera inteligible, aunque, dijo, "lo sé cuando lo veo".[15]

B. Debido proceso

La cláusula del debido proceso de la Constitución prohíbe al gobierno federal o estatal privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal. [16] Esta cláusula, al igual que la garantía de libertad de expresión de la Primera Enmienda, está redactada como una limitación al poder del gobierno.

La cláusula del debido proceso en realidad impone varias limitaciones diferentes al poder del gobierno, cada una de las cuales ha sido formulada como una o más reglas. Una de esas reglas, a veces denominada doctrina del debido proceso sustantivo, establece que el gobierno no puede privar a una persona de libertad o propiedad a menos que la privación esté racionalmente relacionada con un interés legítimo del Estado, regla a la que a veces se hace referencia como prueba de relación racional o prueba de relación racional. prueba de base racional.

Una segunda regla incluida en la doctrina del debido proceso sustantivo establece que el gobierno no puede privar a una persona de un derecho *fundamental* de libertad o propiedad a menos que la privación esté estrictamente orientada a servir a un interés estatal imperioso, una regla a veces denominada escrutinio estricto. prueba.

Los tribunales no han adoptado ninguna definición única del término *derecho fundamental* . Los desacuerdos entre los miembros de la Corte Suprema sobre cómo definir un derecho fundamental ilustran el fenómeno en el que un conflicto de políticas que se resuelve en un nivel de generalidad simplemente resurge en un nivel más específico. La norma que imponía un control estricto de las violaciones de los derechos fundamentales parecía resolver el conflicto entre mayoritarismo e individualismo a favor del individualismo debido a la fuerte protección que brindaba a los derechos individuales. Sin embargo, el conflicto resurge en los diversos intentos de formular normas más específicas que definan los derechos fundamentales. Una definición sugerida requeriría que tal derecho esté "profundamente arraigado en la historia y tradición de esta nación", una definición que tiende a limitar el número de tales derechos y basarlos en un consenso nacional. Otra definición sugerida definiría un derecho fundamental como aquel que forma una "parte central... de la vida de un individuo", una definición que tiende a ampliar el número de tales derechos e identificarlos por su valor para el individuo más que por su valor. reconocimiento por un consenso nacional. [17] Así, la primera definición llevaría la ley hacia una política de mayoritarismo, mientras que la segunda llevaría la ley hacia una política de individualismo.

Una serie de casos ha ilustrado el término *derecho fundamental* . Por ejemplo, un grupo de casos ha sostenido que el derecho a la privacidad es un derecho fundamental. El derecho fundamental a la privacidad no ha sido tratado como un derecho único e indivisible. Más bien, como muchas relaciones jurídicas, el derecho fundamental a la privacidad en realidad se refiere a un conjunto de derechos más específicos, como el derecho a utilizar un anticonceptivo y el derecho al aborto. [18]

El concepto de derecho fundamental ilustra las formas en que los abogados pueden manipular la generalidad de las reglas para ampliar o limitar su alcance. En *Michael H. contra Gerald D.* , los miembros del Tribunal estaban divididos sobre si el padre de un niño nacido de una mujer casada con otro hombre tenía el derecho fundamental de establecer su paternidad. La opinión del juez Antonin Scalia al anunciar la sentencia de la Corte adoptó la posición de que un derecho fundamental debe probarse haciendo referencia al "nivel más específico en el que se puede identificar una tradición relevante que protege o niega protección al derecho reivindicado". [19] El juez Scalia concluyó que ningún caso anterior había reconocido como fundamental el derecho de un padre a establecer la patria potestad con respecto a un niño nacido en un matrimonio distinto al suyo. Al leer el derecho reconocido en cada caso anterior a un nivel muy específico, el juez Scalia distinguió efectivamente todos los casos anteriores y concluyó que ningún caso había reconocido el derecho afirmado por el padre. El disidente del juez William Brennan, por el contrario, consideró que casos anteriores protegían la relación entre padres e hijos. Al leer el derecho reconocido en casos anteriores en un nivel más alto de generalidad, el juez Brennan encontró protección repetida de la relación entre padres e hijos y concluyó que el derecho del padre biológico a establecer la paternidad estaba respaldado por un precedente.

La forma de las pruebas de relación racional y de escrutinio estricto hace explícito que su aplicación a un conjunto particular de hechos consiste en un juicio de política. Específicamente, ambas reglas requieren que el tribunal emita un juicio sobre la relación entre fines y medios y la importancia relativa de las políticas.

El fundamento fáctico de la norma de escrutinio estricto tiene tres elementos. La ley debe (1) redactarse de manera estricta (2) para promover (3) un interés estatal imperioso. Debido a que se aplica un escrutinio estricto en los casos en que el Estado ha gravado un derecho fundamental, el costo que impone la ley impugnada en estos casos a la política de derechos individuales es muy alto. Por lo tanto, para hacer cumplir la ley, el tribunal requiere que el Estado tenga una política importante que apoye la ley y que la ley sea una forma muy eficaz de promover esa política importante.

En primer lugar, el interés que promueve la ley debe ser imperioso. Los tribunales no han adoptado ninguna norma que determine qué intereses son imperiosos y cuáles no. Más bien, el tribunal simplemente emite un juicio sobre el peso de la política subyacente a la ley impugnada. Si el tribunal cree que la política es lo suficientemente importante, declarará que el interés del gobierno en esa ley es apremiante. Este elemento ilustra en los términos más crudos posibles la naturaleza ad hoc de los juicios de política requeridos por el proceso de aplicar la ley a los hechos.

En segundo lugar, la ley debe promover la política del Estado. Es decir, la ley debe hacer que el cumplimiento de la política sea más probable que si no existiera la ley. Por ejemplo, en *Zablocki contra Redhail* , [20] la Corte Suprema declaró inconstitucional un estatuto que negaba una licencia de matrimonio a padres sin custodia con obligaciones impagas de manutención infantil. La política del estado era garantizar que los padres sin custodia mantuvieran a sus hijos. Sin embargo, el Tribunal concluyó que el estatuto podría simplemente hacer que dichos padres cohabitaran con sus amantes y tuvieran hijos fuera

del matrimonio. El resultado neto sería el nacimiento de más hijos de padres solteros, lo que no favorecería ninguna política estatal. En otras palabras, la ley no era un medio eficaz para promover los fines del Estado.

En tercer lugar, la ley debe ser estricta. Los tribunales han articulado varios factores que consideran al determinar si una ley es estricta. Si la ley es excesiva o insuficientemente inclusiva, es posible que no se la considere estricta. Una ley excesivamente inclusiva regula conductas que no forman parte del daño que el legislador pretendía remediar, mientras que una ley poco inclusiva aborda sólo una parte del daño que el legislador intentaba remediar.

Por ejemplo, en *Zablocki* , el Tribunal sostuvo que el estatuto no estaba lo suficientemente adaptado para satisfacer los requisitos de la Constitución. El Tribunal consideró que la ley no era suficientemente inclusiva porque no impedía que los padres asumieran otras obligaciones costosas, como la compra de una casa, que también podrían impedirles mantener a sus hijos. Es decir, la ley aborda sólo una pequeña parte del problema de los padres que gastan su dinero en otras formas que no sean mantener a sus hijos. El Tribunal consideró que la ley era demasiado inclusiva porque el matrimonio podría hacer que el padre esté más seguro financieramente y, por lo tanto, sea más capaz de mantener a sus hijos. Es decir, la ley se aplicaba a los padres que no eran parte del problema que abordaba la legislatura. El ajuste entre los fines legislativos y los medios elegidos estaba demasiado atenuado para justificar la carga que pesaba sobre el derecho a contraer matrimonio.

La prueba de la relación racional, por el contrario, requiere sólo que la ley esté razonablemente relacionada con una política estatal legítima. Si es así, la ley no será nula según la cláusula del debido proceso. Por lo tanto, la política que respalda la norma no tiene por qué ser tan importante como bajo la prueba de escrutinio estricto. La política debe ser simplemente legítima, no convincente. Además, la relación entre fines y medios no tiene por qué ser tan estrecha como se requiere bajo un escrutinio estricto. La ley debe ser simplemente un medio razonable para lograr los fines. Como ya se señaló, la prueba de la relación racional se aplica a leyes que no imponen cargas a los derechos fundamentales. Debido a que en tales casos el costo para los derechos individuales impuestos por la ley es relativamente bajo, el tribunal permite la aplicación de la ley incluso cuando se demuestra un beneficio relativamente exiguo para el Estado.

10

PROCEDIMIENTO CIVIL

El procedimiento civil es la ley que rige los litigios civiles en los tribunales. Prescribe los mecanismos mediante los cuales las partes obtienen la determinación judicial de los

derechos y deberes creados por el derecho sustantivo civil, como contratos, agravios y derecho constitucional.

El procedimiento civil ha sido codificado en gran medida. El Congreso, en el Título 28 del Código de los Estados Unidos, ha promulgado una serie de estatutos que rigen diversos aspectos del procedimiento judicial federal. Uno de esos estatutos es la Ley de Habilitación de Reglas de 1934, que autoriza a la Corte Suprema a adoptar reglas de procedimiento civil, sujetas a la aprobación del Congreso. [1] De conformidad con esta ley, la Corte Suprema ha adoptado las Reglas Federales de Procedimiento Civil para regir el procedimiento en los tribunales de distrito federal, así como varios otros conjuntos de reglas para regir el procedimiento en los tribunales especializados de primera instancia y los tribunales de apelación. Un gran número de estados han adoptado versiones modificadas de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, e incluso aquellos estados que no lo han hecho han adoptado algunas de las innovaciones incluidas en esas reglas.

Entre las normas más importantes que rigen el procedimiento se encuentran las que prescriben la competencia de los tribunales, es decir, la facultad de los tribunales para decidir casos. [2] El poder de un tribunal sobre un caso comprende en realidad dos poderes distintos, cualquiera de los cuales puede existir sin el otro: poder sobre el demandado y poder con respecto al tipo de caso. Estas facultades se conocen, respectivamente, como jurisdicción personal y jurisdicción material. El resto de este capítulo está dedicado a discutir algunas de las reglas que definen la jurisdicción personal y material.

I. JURISDICCIÓN PERSONAL

Una parte puede obtener una determinación judicial de un derecho sólo presentando una demanda ante un tribunal con poder sobre el demandado, un poder generalmente denominado jurisdicción personal. Por ejemplo, como se verá en breve, un tribunal de California generalmente no tiene jurisdicción personal sobre un ciudadano de Kentucky que nunca ha tenido contacto con California. Por lo tanto, el tribunal de California no tendría poder para decidir si el ciudadano de Kentucky tenía un deber para con alguien.

El poder sobre el demandado existe como cuestión general cuando se satisfacen dos elementos. Primero, la legislatura por ley debe haber conferido poder al tribunal. En segundo lugar, el ejercicio de ese poder debe ser coherente con la cláusula del debido proceso de la Constitución.[3] Cada uno de estos elementos se analiza por separado.

A. Base legal de la jurisdicción personal

El primer elemento de la regla que define la competencia personal de los tribunales es la existencia de una ley que confiere a los tribunales poder sobre el demandado. Algunos estados, como California, han autorizado a sus tribunales estatales a ejercer jurisdicción personal en la máxima medida permitida por la Constitución. Así, cualquier ejercicio constitucional del poder está autorizado por ley. En otros estados, sin embargo, la legislatura ha promulgado leyes más estrictas que pueden otorgar a los tribunales menos poder del que la Constitución les permitiría tener.

En el caso de los tribunales federales, el Congreso prescribió los límites de la jurisdicción personal en la Regla 4 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Por lo tanto, para que un tribunal federal tenga poder sobre el demandado, éste debe estar sujeto a la notificación del proceso conforme a la Regla 4.

B. Limitaciones impuestas por el debido proceso

1. BASES TRADICIONALES DE LA JURISDICCIÓN PERSONAL

El segundo elemento, que la jurisdicción personal sea coherente con la cláusula del debido proceso, fue impuesto por la Corte Suprema en el conocido caso *Pennoyer v. Neff* .[4] En aras de la brevedad, aquí sólo se analizan las limitaciones que impone la cláusula del debido proceso a la jurisdicción personal ejercida por los tribunales estatales (a diferencia de los federales).

Antes de la decisión en *Pennoyer* , los tribunales estatales generalmente ejercían poder sobre un acusado en sólo tres situaciones: cuando el acusado era ciudadano del estado en el que estaba ubicado el tribunal, cuando el acusado recibía un proceso legal mientras estaba presente en el territorio del estado. , o cuando el demandado hubiera consentido en la competencia del tribunal. Estas limitaciones tradicionales se basaban en parte en la preocupación de que un acusado que no entraba en una de esas categorías en la práctica podría ignorar la orden del tribunal, para gran vergüenza del tribunal.

Pennoyer sostuvo, sin embargo, que estas limitaciones no eran simplemente limitaciones voluntarias basadas en políticas sino que fueron impuestas por la cláusula del debido proceso. Es decir, bajo *Pennoyer* , el ejercicio de la jurisdicción de un tribunal violaría la Constitución a menos que estuviera presente una de las tres bases tradicionales de poder que acabamos de describir.

Las bases tradicionales del poder resultaron cada vez más inadecuadas en las circunstancias modernas. Por ejemplo, un automovilista no residente que provocó una colisión y luego abandonó el estado parecía estar fuera del poder de los tribunales, tal como se define en *Pennoyer.* Los estados respondieron promulgando estatutos que consideraban cierta conducta, como conducir dentro del estado, como consentimiento implícito a la jurisdicción, un enfoque que se consideró coherente con la cláusula del debido proceso en *Hess v. Pawlowski.*[5] Adoptando la ficción jurídica[6] de consentimiento implícito, los estados pudieron ampliar el poder de los tribunales mientras se mantenían dentro de los términos literales de la regla en *Pennoyer* .

Otro problema lo planteó la existencia de corporaciones dedicadas a transacciones interestatales. Supongamos, por ejemplo, que una corporación de Massachusetts incumplió un contrato que su agente de ventas había negociado con un cliente de California. Aunque la corporación de Massachusetts puede tener propiedades y empleados en California, la corporación en sí es un concepto legal abstracto y no está físicamente presente en California ni en ningún otro lugar. Por lo tanto, la única base posible que tendrían los tribunales de California para ejercer jurisdicción sobre la corporación de Massachusetts sería el consentimiento, que podría no darse. Para resolver este problema, los tribunales recurrieron nuevamente a varias ficciones legales y encontraron que la realización de

negocios en el estado por parte de una corporación fuera del estado constituía "presencia" en el estado o un consentimiento implícito para demandar.

2. CONTACTOS MÍNIMOS

Como resultado del creciente descontento con lo restrictivo de las bases de jurisdicción tradicionales, la Corte Suprema creó una nueva base en *International Shoe Co. contra el Estado de Washington* .[7] En ese caso, la Corte adoptó una norma según la cual un Estado tiene poder sobre individuos que tienen "contactos mínimos" con el territorio de modo que el ejercicio de jurisdicción sobre ellos no ofenda las nociones tradicionales de juego limpio y justicia sustancial. La regla de contactos mínimos permitía a los tribunales ejercer jurisdicción sobre automovilistas y corporaciones de otros estados sin tener que recurrir a la ficción legal del consentimiento o presencia implícitos. Esas ficciones jurídicas habían permitido a los tribunales hacer valer su competencia en casos en los que la competencia parecía injustificada según las bases tradicionales de la jurisdicción. La adopción de la regla de contactos mínimos representó un abandono de la pretensión y una concesión de que la ley en realidad había cambiado. En una serie de decisiones posteriores, la Corte Suprema definió dos tipos diferentes de poder que el tribunal puede tener sobre el acusado bajo *International Shoe.* Un tipo de poder, llamado jurisdicción general, permite al tribunal hacer valer poder sobre el demandado con respecto a cualquier reclamo que el demandante pueda alegar. El otro tipo de poder, llamado jurisdicción específica, permite al tribunal hacer valer poder sobre el demandado sólo con respecto a una reclamación relacionada con los contactos que forman la base de la jurisdicción. Cada uno de estos dos tipos de poder es creado por una regla separada.

a. Jurisdicción General

Existe jurisdicción general si los contactos del acusado con el Estado son sistemáticos y continuos.[8] Así, el predicado fáctico necesario para establecer la competencia general tiene un solo elemento: contactos sistemáticos y continuos.

b. Jurisdicción específica

Existe jurisdicción específica si (1) el demandado se ha aprovechado intencionalmente de los beneficios y protecciones de las leyes del estado y (2) el ejercicio de la jurisdicción sería razonable según las circunstancias. El predicado fáctico necesario para establecer una jurisdicción específica tiene, por tanto, dos elementos. Reglas adicionales han definido y limitado aún más cada uno de estos dos elementos.

(1) Aprovechamiento intencionado

El primer elemento es el aprovechamiento intencionado de los beneficios y protecciones de las leyes del estado del foro. En *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson* , la Corte Suprema articuló la regla de que el acto unilateral de alguien no afiliado al acusado no constituye aprovechamiento intencionado.[9] Más específicamente, el Tribunal sostuvo que la decisión del demandante de conducir hasta Oklahoma un automóvil que le vendió un concesionario de automóviles de Nueva York no constituía un aprovechamiento intencionado de los beneficios y protecciones de la ley de Oklahoma por parte del concesionario de Nueva York.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla cuando el demandado coloca un producto en una corriente comercial que previsiblemente llevará el producto al estado del foro. [10] Aunque el producto puede ser transportado al estado del foro por personas sin afiliación con el demandado, el acto del demandado de colocar el producto en la corriente comercial se considera una forma de aprovechamiento intencionado.

Actualmente existen dos versiones de la regla del flujo de comercio, ninguna de las cuales ha obtenido aún el apoyo de la mayoría de los miembros de la Corte Suprema. En *Asahi Metal Industry Co., Ltd. contra el Tribunal Superior* , el juez Brennan escribió una opinión a la que se unieron cuatro de los nueve jueces del Tribunal respaldando una norma según la cual existe aprovechamiento intencionado cuando el demandado coloca el producto en la corriente comercial con conocimiento *de* que Llegará al estado del foro. [11] La jueza Sandra Day O'Connor escribió una opinión, a la que también se sumaron cuatro de los nueve jueces, afirmando que existe aprovechamiento intencionado cuando el acusado coloca el producto en la corriente comercial con alguna indicación de un propósito de que el producto *alcance* el estado de foro. La opinión del juez O'Connor sugirió, a modo de ilustración, que una de esas indicaciones de propósito sería diseñar un producto para su venta en el estado del foro. Qué versión de la regla es correcta seguirá sin estar clara hasta que la Corte Suprema aclare esa cuestión en un caso futuro.

(2) Razonabilidad

El segundo elemento de jurisdicción específica, que el ejercicio del poder sea razonable, también fue definido con más detalle en *World-Wide Volkswagen* . La Corte Suprema adoptó la regla de que la razonabilidad de la jurisdicción se determina equilibrando cinco elementos: la carga para el demandado, la conveniencia para el demandante, el interés del Estado del foro, la eficiencia judicial y cualquier política sustantiva afectada por la elección del foro. .

La definición de este segundo elemento es un ejemplo del uso de una norma en lugar de una regla formal. La ley no establece que si ciertos hechos están presentes, la jurisdicción será razonable. Simplemente establece las políticas que se deben lograr (como minimizar la carga para el demandado, proporcionar un foro conveniente para el demandante y promover una adjudicación eficiente) y luego deja a los tribunales futuros la tarea de aplicar estas políticas a situaciones fácticas particulares. Como cualquier estándar, la

prueba de razonabilidad permite al tribunal llegar al resultado más justo en cualquier caso particular, aunque con cierto costo para la previsibilidad y uniformidad de la ley.

La prueba de razonabilidad, al igual que las normas en general, permite a un tribunal alcanzar prácticamente cualquier resultado que considere justo. Aunque surgen casos en los que un resultado particular promovería todas las políticas, a menudo un resultado determinado promueve algunas políticas e impide otras. Debido a que la prueba no indica cuánto peso se le debe dar a cada política, el tribunal puede asignar el mayor peso a las políticas que serían impulsadas por lo que cree que es el mejor resultado.

En el caso de la prueba de razonabilidad, una vez más como en el caso de las normas en general, es menos probable que el precedente parezca determinante que en los casos en que la ley prescribe una regla rígida. Mientras que una regla rígida especifica los hechos que deben estar presentes para que ocurra una consecuencia legal particular, el estándar de razonabilidad permite que cualquier conjunto de hechos dé lugar a la consecuencia legal del poder sobre el demandado, siempre y cuando esos hechos parezcan promover al menos algunas de las políticas subyacentes a la norma. Con tantos hechos potencialmente relevantes, es baja la probabilidad de que los hechos relevantes de un caso sean lo suficientemente similares a los hechos relevantes de un caso posterior como para requerir la conclusión de que el caso anterior controla el caso posterior.

C. Las normas jurisdiccionales como compromiso

Las limitaciones de la cláusula del debido proceso al poder de los tribunales parecen representar un compromiso entre las políticas del individualismo y el mayoritarismo.[12] Una política individualista sugiere que el Estado debería tener un poder mínimo sobre los individuos, mientras que una política mayoritaria es consistente con que el gobierno tenga poder para hacer cumplir sus leyes contra los malhechores. Si el individualismo prevaleciera todo el tiempo, el poder de un tribunal sobre las personas podría limitarse a los casos en los que el acusado consintiera en ser competente. Si el mayoritarismo prevaleciera todo el tiempo, el poder de un tribunal podría extenderse a todas las personas que hayan tenido algún contacto con el Estado.

La Corte Suprema ha llegado a un compromiso en el que el reclamo de un acusado de estar libre del ejercicio del poder estatal representado por una jurisdicción específica termina una vez que el acusado ha contactado al estado del foro de manera decidida y la jurisdicción es razonable. Debido a que la jurisdicción general es un ejercicio más sustancial del poder estatal, el reclamo del demandado de estar libre de la jurisdicción general se pierde sólo cuando el demandado ha entablado contactos sistemáticos y continuos con el Estado del foro o cumple con una de las bases tradicionales de jurisdicción. Es decir, debe existir un mayor acto de voluntad por parte del acusado en relación con el Estado del foro antes de que el Estado pueda ejercer la forma más amplia de poder representada por la jurisdicción general.

La historia de la regla de contactos mínimos ilustra la forma en que los conflictos políticos que parecen resolverse en un nivel de generalidad simplemente resurgen en un nivel

inferior de generalidad. Al adoptar la regla de contactos mínimos, la Corte pareció resolver el conflicto entre mayoritarismo e individualismo a favor del mayoritarismo. Sin embargo, el conflicto resurgió durante la adopción de una norma más específica que definía los contactos mínimos. Al adoptar el requisito de aprovechamiento intencionado, la Corte pareció resolver la disputa en ese nivel de generalidad a favor del individualismo. Sin embargo, el conflicto resurgió una vez más al definir el aprovechamiento intencionado en el flujo de casos comerciales. Cuatro jueces, encabezados por el juez O'Connor, buscaron resolver el conflicto a favor de la política del individualismo exigiendo que el acusado actuara con determinación, mientras que otros cuatro jueces, encabezados por el juez Brennan, buscaron resolver el conflicto en la dirección del mayoritarismo. requiriendo sólo conocimiento. La Corte no ha resuelto el conflicto en ese nivel tan específico.

La adopción del estándar de contactos mínimos también ilustra la forma en que políticas que son inconsistentes en teoría pueden ser consistentes en sus consecuencias. Al adoptar el estándar de contactos mínimos, los tribunales pasaron de un sistema formalista basado en reglas para definir la jurisdicción personal a un sistema más instrumentalista basado en estándares. La rígida tríada *de Pennoyer* de consentimiento, ciudadanía y presencia fue suplantada por el estándar flexible de contactos mínimos. Por lo tanto, la Corte utilizó una investigación particularizada bajo el estándar de contactos mínimos no para proteger al individuo, sino para expandir el poder del Estado sobre el individuo. La técnica de examinar cada caso individual se empleó en nombre del mayoritarismo más que del individualismo.

Así, el cambio de una teoría individualista de la jurisdicción a una más mayoritaria fue acompañado por un cambio de un concepto formalista a uno más instrumental. Como se ha demostrado en el capítulo 6, el formalismo en un nivel muy alto de generalidad es incompatible con el individualismo. La inconsistencia se observó, por ejemplo, en el uso del estándar objetivo en el derecho contractual y de daños, donde el formalismo del estándar objetivo subvirtió el individualismo subyacente a la doctrina de oferta y aceptación en el derecho de contratos y las doctrinas de negligencia y consentimiento en el derecho de daños. . [13] Sin embargo, en el caso de la jurisdicción personal, un enfoque formalista se percibía como más protector de la voluntad individual, mientras que el estándar flexible de contactos mínimos parecía brindar al Estado una oportunidad más amplia de imponer su voluntad. Las políticas que parecen respaldar resultados opuestos en un caso pueden parecer respaldar el mismo resultado en otro caso.

II. MATERIA JURISDICCIÓN

Un tribunal puede hacer cumplir un derecho sólo si tiene poder con respecto al tipo de reclamo que se presenta, una forma de poder generalmente conocida como jurisdicción sobre la materia. El alcance de la jurisdicción sobre la materia de un tribunal está definido por ley.

Los sistemas judiciales estatales suelen tener varios tribunales de "jurisdicción limitada", como el tribunal sucesorio, el tribunal de familia o el tribunal de reclamos menores. Estos tribunales tienen el poder de resolver sólo ciertos tipos de disputas, como aquellas que involucran un testamento, un divorcio o un reclamo por menos de una cantidad de dinero prescrita. Un sistema judicial estatal normalmente también tiene un tribunal de "jurisdicción general", es decir, un tribunal con poder para conocer cualquier tipo de demanda que no esté asignada específicamente a un tribunal de jurisdicción limitada.[14]

Todos los tribunales federales son tribunales de jurisdicción limitada sobre la materia. Este hecho refleja la doctrina del federalismo, que sostiene que el gobierno federal posee sólo los poderes limitados que le delega la Constitución.[15] Dada la naturaleza limitada del poder federal, los redactores de la Constitución consideraron inapropiado crear tribunales federales de jurisdicción general.

En consecuencia, la Constitución autoriza al Congreso a conferir a los tribunales federales la facultad de conocer únicamente determinadas categorías de casos. El Congreso, sin embargo, ha optado por no conferir a los tribunales federales toda la jurisdicción sobre la materia autorizada por la Constitución. En esta sección se examinan dos de las formas más importantes de jurisdicción conferida por el Congreso a los tribunales federales: la jurisdicción en cuestiones federales y la jurisdicción en materia de diversidad.

A. Jurisdicción en cuestiones federales

El estatuto federal confiere a los tribunales de distrito federal competencia sobre los casos "que surjan bajo" la ley federal, [16] una forma de jurisdicción generalmente denominada jurisdicción de cuestión federal. La jurisdicción en cuestiones federales existe para que los tribunales federales puedan conocer de ciertos casos en los que la ley federal tendrá control. De esta manera, el gobierno federal puede garantizar que las políticas subyacentes a la ley federal sean impulsadas por los tribunales que aplican esa ley.

Los tribunales han adoptado varias normas acumulativas que definen la frase “que surge de” tal como se utiliza en el estatuto. Estas reglas son acumulativas en el sentido de que si se cumple alguna de ellas, el caso “surge bajo” la ley federal.

Una regla establece que un caso surge bajo la ley federal si la causa de la acción, es decir, la base legal del reclamo, fue creada por la ley federal. [17] Por ejemplo, los reclamos que alegan una violación de un estatuto federal de derechos civiles surgen bajo la ley federal porque el estatuto de derechos civiles crea la causa de la acción.

Otra regla establece que un caso surge bajo la ley federal si la causa de la acción fue creada por la ley estatal, pero el éxito del reclamo del demandante depende de una interpretación o aplicación de la ley federal. [18] Por ejemplo, una demanda por negligencia que alegue que una corporación fue negligente porque violó una regulación federal de seguridad podría considerarse que surge bajo la ley federal. Aunque la causa de acción por negligencia está creada por la ley estatal, para prevalecer el demandante debe probar que se violó la regulación federal de seguridad. Por lo tanto, el éxito del reclamo depende de la aplicación de la ley federal.

El estatuto que otorga competencia en cuestiones federales a los tribunales de distrito ha sido limitado por una regla creada judicialmente conocida como regla de la “denuncia bien alegada”. [19] Según esta regla, la cuestión federal debe ser una parte necesaria de la demanda del demandante. Es decir, una cuestión federal planteada por una defensa no coloca el caso dentro de la jurisdicción federal.

Por ejemplo, supongamos que una tienda minorista demanda a un fabricante por incumplimiento de contrato porque el fabricante no envió algunos juguetes que la tienda minorista había pedido. El fabricante alega como única defensa el hecho de que después de realizar el pedido, el gobierno federal emitió normas que prohibían este tipo de juguetes. Aunque el resultado del caso bien puede depender de una interpretación o aplicación de la regulación federal sobre juguetes, esa ley federal fue planteada como parte de una defensa y no como parte necesaria del reclamo del demandante. La reclamación del demandante era por incumplimiento de contrato y podía exponerse en su totalidad sin mencionar nunca la regulación de los juguetes. Por lo tanto, bajo la regla de queja bien alegada, el tribunal probablemente no tendría jurisdicción federal sobre el reclamo del minorista.

El propósito de la regla de queja bien alegada es permitir que un tribunal federal determine al comienzo de una demanda si tiene jurisdicción, en lugar de tener que esperar hasta que se hayan presentado todos los alegatos para ver si alguna de las partes planteó una

cuestión federal. Por supuesto, el hecho de que una ley federal sea aplicable a una defensa crucial, a diferencia del reclamo del demandante, no disminuye de ninguna manera el interés del gobierno federal en promover las políticas subyacentes a esa ley. Sin embargo, según esta regla, cuando la cuestión federal surge en relación con una defensa y no con la denuncia del demandante, la jurisdicción para la cuestión federal no existe. Como se ha discutido, [20] la Constitución confiere sólo un poder limitado al gobierno federal porque sus redactores creían que limitar su poder preservaría la libertad. A veces se defiende que la regla de la reclamación, bien alegada, es coherente con la política subyacente al federalismo porque limita el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales federales. También se puede defender que la regla promueve la eficiencia, porque evita la situación en la que un tribunal federal asume jurisdicción sobre un caso bajo el supuesto de que el demandado planteará una cuestión federal, y sólo se le exige que desestime el caso cuando el demandado no cumple con sus obligaciones. para hacerlo. La regla representa una situación en la que se considera que las políticas de individualismo y eficiencia, que a menudo parecen respaldar resultados diferentes, respaldan el mismo resultado.

B. Jurisdicción de diversidad

El estatuto federal también confiere al tribunal de distrito federal facultades para conocer de casos entre ciudadanos de diferentes estados, [21] una forma de poder conocida como jurisdicción de diversidad. Los tribunales han definido la regla creada por este estatuto como que requiere "diversidad completa", lo que significa que ningún demandante puede ser ciudadano del mismo estado que el demandado. [22] Como regla de interpretación judicial, el requisito de diversidad total ilustra la situación en la que una norma de jurisprudencia que aparentemente interpreta una norma legal puede darle a la norma legal un alcance diferente al que su lenguaje podría haber parecido garantizar.

El término *ciudadano* se ha definido para incluir a alguien que es ciudadano estadounidense y que está domiciliado en un estado. El término *domicilio* , a su vez, ha sido definido como el lugar donde se reside con la intención de permanecer indefinidamente.

La política aparente detrás de la jurisdicción de diversidad era permitir que los litigantes de otros estados juzgaran sus reclamos en tribunales federales, lo que podría tener menos prejuicios contra una parte de otro estado que un tribunal estatal, una suposición que de ninguna manera ha sido probada. . Sin embargo, suponiendo que esto sea correcto, la regla que crea la jurisdicción de diversidad es mucho más amplia de lo que requeriría esta política. Dicho de otra manera, es demasiado inclusivo. Por ejemplo, un tribunal de distrito federal en Kentucky tiene jurisdicción sobre la materia sobre una demanda presentada por un ciudadano de Massachusetts contra un ciudadano de California en Kentucky, a pesar de que ambos litigantes son de fuera del estado y, por lo tanto, no hay razón para creer. que el tribunal favorecería a cualquiera de las partes sobre la otra. De manera similar, un kentuckiano que demanda a un californiano en Kentucky puede presentar la demanda ante un tribunal federal, aunque el kentuckiano no tenga motivos para temer el prejuicio de los tribunales estatales locales.

La regla también es poco inclusiva. Por ejemplo, si veinticinco kentuckianos demandaran a veinticinco californianos y un kentuckiano en Kentucky, el hecho de que hubiera al menos un kentuckiano en cada lado impediría el ejercicio de la jurisdicción de diversidad, a pesar de que la presencia de tantos californianos entre los acusados parece invitar a una justicia desigual, si se supone, como lo hace la doctrina, que los tribunales estatales pueden tener prejuicios contra los litigantes de otros estados.

En el caso de la jurisdicción por diversidad, entonces, la línea precisa trazada por la norma legal parece difícil de explicar desde el punto de vista político. La regla de la diversidad ilustra el problema discutido en el capítulo 2 de identificar una política legislativa que explique adecuadamente una ley, particularmente cuando la ley se basa en una serie de compromisos burdos. También ilustra la tendencia de las reglas rígidas a ser inclusivas tanto en exceso como en defecto.

PARTE TRES

Perspectivas sobre el razonamiento jurídico

11

UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Las premisas que subyacen al proceso de razonamiento jurídico en Estados Unidos reflejan suposiciones más profundas sobre la relación entre los individuos y la comunidad, sobre las posibilidades de la comprensión humana y sobre la naturaleza de la realidad misma. Es decir, los supuestos que gobiernan los ámbitos de la filosofía, la religión, la ciencia, la política, la literatura y otras disciplinas también moldean nuestra comprensión del derecho y del razonamiento jurídico.

La Constitución estadounidense fue escrita a finales del siglo XVIII, en el apogeo de la Ilustración y, por lo tanto, refleja los supuestos subyacentes al pensamiento de la Ilustración. Sin embargo, dos siglos después, los avances en todos los ámbitos del quehacer humano han desafiado, a menudo con éxito, estos mismos supuestos. El resultado ha sido sembrar graves dudas sobre los fundamentos teóricos del razonamiento jurídico.

En consecuencia, los abogados estadounidenses han luchado continuamente por reconceptualizar el derecho y el proceso de razonamiento jurídico a la luz de su nueva comprensión del mundo. El razonamiento jurídico actual es, pues, un mosaico de ideas que han sobrevivido de épocas anteriores combinadas con ideas tomadas del pensamiento contemporáneo.

El capítulo explica el razonamiento jurídico estadounidense a principios del siglo XXI como producto de un proceso histórico. La discusión comienza con una investigación de algunos de los supuestos de la Ilustración sobre los cuales se construyó el sistema legal estadounidense y continúa con una descripción de cómo uno de esos supuestos, la creencia en la ley natural, fue desafiado con éxito a principios del siglo XIX, lo que llevó a el surgimiento de una nueva síntesis, conocida como formalismo, a finales del siglo XIX. El formalismo fue desafiado con éxito a principios del siglo XX por los realistas jurídicos. El pensamiento jurídico actual está dominado por intentos de reexplicar el proceso de razonamiento jurídico a raíz de la crítica realista jurídica.

I. LOS ORÍGENES ILUSTRADOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO AMERICANO

A. El surgimiento de la epistemología de la Ilustración

Los arquitectos del sistema jurídico estadounidense del siglo XVIII trabajaron sobre la base de los supuestos que caracterizaron la filosofía de la Ilustración. La investigación aquí comienza, pues, con un breve resumen del pensamiento de la Ilustración.

Las raíces de la Ilustración generalmente se remontan al Renacimiento, la Reforma Protestante y la Revolución Científica. El Renacimiento italiano del siglo XIV fue provocado por el redescubrimiento de los escritos griegos clásicos y caracterizó un retorno a preocupaciones seculares, en marcado contraste con el enfoque teológico del pensamiento medieval. La Reforma, que comenzó con la publicación de sus noventa y cinco tesis por parte de Martín Lutero en 1517, desafió la autoridad tradicional de la Iglesia Católica Romana, afirmando que los individuos podían adquirir la verdad religiosa a través de su propia interpretación de las Escrituras. La Revolución Científica, que suele datarse también en el siglo XVI, fue un intento de determinar la verdad mediante un método científico, es decir, racional y empírico.

La Reforma y la Revolución Científica compartieron un compromiso con la búsqueda de la verdad por parte de individuos que ejercieron la razón en lugar de aceptar pasivamente la autoridad tradicional. Entonces, en gran medida, ambos movimientos se ocuparon de la epistemología, o la teoría de cómo se obtiene el conocimiento. Hicieron hincapié en el escepticismo, el individualismo y la razón. Al igual que el Renacimiento, tuvieron una orientación principalmente secular.

En los siglos XVII y XVIII, estas corrientes de pensamiento produjeron dos escuelas de filosofía distintas, que se combinaron para formar la Ilustración. La primera escuela, conocida como racionalismo, se inició con la obra de René Descartes. Descartes adoptó una posición de escepticismo radical, cuestionando todo y no aceptando nada por autoridad. Luego intentó determinar si había algo que pudiera saberse con certeza y sólo encontró una cosa: podía saber con certeza su propia duda. A partir del hecho de su duda, dedujo su propia existencia, deducción a la que a veces se hace referencia como cogito, en honor a la famosa proposición *Cogito, ergo sum* (pienso, luego existo). Descartes desarrolló toda una filosofía, incluida una explicación de la existencia de Dios, mediante una serie de deducciones que se originaron en el cogito. El modelo de epistemología de Descartes eran las matemáticas, un sistema que comienza con ciertas verdades intuitivas y luego llega a otras verdades mediante un proceso de deducción. Descartes rechazó como poco confiable la información proporcionada por los sentidos porque descubrió que las apariencias a menudo nos engañan: las cosas no son lo que parecen.

Entonces, en la filosofía cartesiana, la búsqueda del conocimiento se origina en el individuo que se niega a aceptar cualquier verdad que no pueda establecerse mediante el propio ejercicio de la razón. El racionalismo cartesiano dominó la filosofía europea en los siglos XVII y XVIII y está representado, por ejemplo, en la obra de Benedict de Spinoza y Gottfried Leibniz.

Al comenzar con su propia conciencia de sí mismo, Descartes separó su mente de las cosas tangibles del mundo. Primero demostró la existencia de sus propios pensamientos, luego razonó a partir de ahí sobre la existencia de su cuerpo y de los demás objetos del mundo. Por lo tanto, en la epistemología de Descartes está incorporada una distinción entre la conciencia subjetiva individual y el mundo objetivo que existe más allá de la mente.

La otra escuela de filosofía que surgió de la Reforma y la Revolución Científica fue el empirismo, entre cuyas figuras más importantes se encuentran tres filósofos empiristas británicos de los siglos XVII y XVIII: John Locke, George Berkeley y David Hume. Locke también comenzó con una postura escéptica. Creía, sin embargo, que el conocimiento no llegaba a través de la introspección cartesiana, sino a través de la experiencia de los sentidos. En opinión de Locke, las únicas cosas que podemos saber con certeza son aquellas que podemos aprender empíricamente. Tanto Berkeley como Hume llevaron un paso más allá las implicaciones del empirismo de Locke. Berkeley afirmó que existir es ser percibido. Como las ideas abstractas no se pueden sentir, no pueden existir fuera de la mente. Hume adoptó la posición de que, dado que sólo experimentamos sensaciones aisladas, no se puede conocer ningún principio mediante la inducción y no se puede establecer con certeza ningún vínculo causal entre los fenómenos. Todo lo que podemos saber son los detalles que experimentamos. Nuestra noción de que estos detalles demuestran un principio unificador o una cadena de causalidad es simplemente una predisposición psicológica, una suposición habitual de que los detalles están relacionados, no algo que podamos saber definitivamente.

A pesar del desacuerdo entre Descartes y Locke sobre si la intuición o la impresión sensorial son los puntos de partida del conocimiento, los racionalistas y empiristas formularon ciertas suposiciones comunes que surgieron del trabajo de Descartes. Tanto Descartes como Locke subordinaron la metafísica a la epistemología, lo que significa que comenzaron con una teoría del conocimiento a partir de la cual construyeron su explicación de la realidad. Ambos comenzaron su indagación con el individuo. Descartes comenzó con la intuición individual, mientras que Locke comenzó con las impresiones sensoriales individuales. En ambos, sin embargo, el individuo estaba en el centro de su filosofía. Finalmente, al comenzar con el individuo, tanto los racionalistas como los empiristas asumieron una distinción entre la mente subjetiva del individuo y el mundo objetivo fuera de la conciencia individual.

El racionalismo y el empirismo representan las dos corrientes de la epistemología de la Ilustración. Los pensadores de la Ilustración creían que sólo podemos conocer por la razón o por la experiencia, los métodos utilizados por la ciencia. Se alejaron de la tradición, la autoridad y la revelación como medio para conocer el mundo. La Ilustración representó así un intento de aplicar el método científico a todas las formas de conocimiento. La imagen del mundo natural de la Ilustración se inspiró en las leyes de la física de Isaac Newton: el universo es una máquina elaborada, como un reloj, que funciona de manera regular de acuerdo con una ley natural establecida por el Creador. La Ilustración del siglo XVIII ha sido llamada la Era de la Razón y, al menos en la época de la Revolución Americana, la corriente

racionalista cartesiana dominó la corriente empírica, particularmente en la filosofía política.

Los filósofos medievales se habían dividido en su metafísica entre realistas y nominalistas. Los realistas creían que los conceptos generales tienen una existencia real y remontaron su linaje a Platón y su creencia en la existencia de "formas" que son las esencias universales de objetos terrenales particulares. Los nominalistas creían que en realidad sólo existen los particulares y que los conceptos generales son meros nombres que los humanos aplican a grupos de particulares. Ya en el siglo XIV, Guillermo de Ockham había asociado el nominalismo con el empirismo de una manera que anticipó a Berkeley y Hume. Aunque el trabajo de los empiristas británicos aportó una corriente nominalista a la filosofía de la Ilustración, la metafísica dominante a finales del siglo XVIII era realista: el universo está gobernado por leyes naturales que la razón puede percibir.

B. El surgimiento del liberalismo

Los avances de la Ilustración en epistemología fueron acompañados por un desarrollo paralelo en la filosofía política: el surgimiento del liberalismo. Los desafíos a la autoridad religiosa de la Iglesia Católica planteados por la Reforma y la Revolución Científica coincidieron con un desafío a la autoridad política y económica del Estado. Este desafío provino de una clase media en ascenso que rechazaba las políticas económicas mercantilistas de los monarcas europeos. El liberalismo, la filosofía política y económica de la clase media, compartía con la epistemología de la Ilustración la creencia en la libertad del individuo racional, ya fuera libertad de investigación o libertad de empresa económica.

La teoría política liberal, particularmente la expuesta por su teórico más influyente, John Locke, sostenía que los individuos tienen derechos naturales a la libertad y la igualdad, que los individuos a través de un contrato social acuerdan formar gobiernos con el único propósito de proteger esos derechos, y que el único El gobierno legítimo se basa en el consentimiento de los gobernados. La teoría económica liberal afirmaba que una economía de mercado que permitiera a los individuos la libertad de perseguir sus propios intereses racionales produciría mayor riqueza que las economías fuertemente reguladas del mercantilismo.

En opinión de Locke, el propósito del gobierno era la protección de la libertad individual. Locke también escribió sobre la forma que debería adoptar el gobierno, defendiendo una separación de poderes entre las diferentes ramas del gobierno para que ninguna de ellas dominara. Después de estudiar el sistema constitucional británico, el barón de Montesquieu perfeccionó la teoría de la separación de poderes de Locke y pidió una división del gobierno en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

La premisa fundamental del liberalismo lockeano era que los individuos tienen derechos basados en la ley natural. La creencia en la ley natural se remontaba a los estoicos de la antigua Grecia y se había incorporado a la teología medieval, que entendía la ley natural como una ley basada en la voluntad de Dios revelada en las Escrituras y vinculante para todas las personas.

La creencia en una ley natural que gobernaba los asuntos humanos también encajaba cómodamente en la imagen ilustrada del universo como una elaborada máquina regida por las leyes de la física newtoniana. Las personas, como la naturaleza, estaban sujetas a una ley natural. Así, Thomas Jefferson en la Declaración de Independencia pudo proclamar la existencia de verdades “evidentes” sobre la igualdad de los hombres al nacer y su derecho natural a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Esta ley natural, sin embargo, debía determinarse mediante el ejercicio de la intuición y la razón en la tradición de Descartes y no derivarse de la revelación religiosa. La ley natural había adquirido una base en el pensamiento secular.

La teoría epistemológica y política de la Ilustración convergieron a finales del siglo XVIII para producir el experimento de la Constitución estadounidense. Reducida a su esencia, la filosofía jurídica estadounidense del siglo XVIII podría caracterizarse como el uso de la

razón para proteger la libertad. Mediante el ejercicio de la razón, los hombres podían discernir sus derechos naturales, algunos de los cuales codificaron en la Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos.

La creencia de que estos derechos naturales tenían una existencia genuina era tan intensa que muchos consideraban superflua e incluso peligrosa su codificación en una Declaración de Derechos, porque podría llevar a los tribunales a suponer que sólo los derechos codificados eran exigibles. En los años posteriores a la Revolución, los tribunales reclamaron el derecho de invalidar leyes contrarias al derecho natural, aunque no estuvieran prohibidas por nada de la Constitución.

La filosofía jurídica estadounidense del siglo XVIII sostenía que el derecho consuetudinario se basaba igualmente en principios que un tribunal podía discernir mediante el ejercicio de la razón. Estos principios de jurisprudencia incluían los derechos naturales de los hombres y, por tanto, el derecho consuetudinario no representaba ninguna amenaza a la libertad. De hecho, los estadounidenses del siglo XVIII consideraban el derecho consuetudinario como una fuente de libertad, precisamente porque incorporaba principios establecidos desde hacía mucho tiempo, y cuestionaban el derecho del Parlamento británico a modificar esos principios mediante legislación, como la imposición de impuestos sin el consentimiento. de los gravados.

La estructura institucional que aseguraba que la razón protegería la libertad era la separación de poderes. Los jueces, que en teoría se guiaban por la razón más que por la pasión política, revisarían la constitucionalidad de la legislación o aplicarían el derecho consuetudinario. Los jueces como tomadores de decisiones racionales garantizarían la preservación de la libertad.

La razón protegería así la libertad a través del Estado de derecho. Los tribunales no debían decidir los casos de acuerdo con las preferencias individuales del juez sino de acuerdo con los dictados de la ley determinados por la razón.

C. La decadencia del naturalismo

A principios del siglo XIX, varias fuerzas deslegitimaron las apelaciones explícitas de los jueces al derecho natural. La democracia jacksoniana, con su énfasis en la soberanía popular, favorecía una concepción del derecho como algo creado por el consentimiento del pueblo en lugar de descubierto mediante el ejercicio de la razón. El ascenso de la economía de mercado exigido por el liberalismo socavó la creencia en el valor objetivo. El valor no estaba fijado eternamente sino que se restablecía diariamente por el consenso de quienes estaban en el mercado.

El naturalismo también fue cuestionado por la filosofía utilitaria de Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Bentham argumentó que una sociedad debería buscar la mayor felicidad para el mayor número de personas, una filosofía que parecía compatible con la democracia mayoritaria porque defendía el bienestar de la sociedad en su conjunto más que los derechos inalienables de los individuos. La mayor felicidad para el mayor número de personas podía ser incompatible con los intereses de cualquier individuo en particular y, por tanto, la filosofía utilitarista era profundamente corrosiva de cualquier creencia naturalista en los derechos individuales. Los derechos individuales estarían protegidos, en todo caso, no por el valor del individuo, sino porque hacerlo beneficiaría a la sociedad en su conjunto. El utilitarismo sugería que los tribunales no deberían mirar hacia atrás para determinar qué derechos preexistentes eran determinantes de una disputa, sino que deberían mirar hacia las consecuencias de cada posible resolución de la disputa.

Poco a poco, el naturalismo en la teoría jurídica fue suplantado por el positivismo, una escuela de jurisprudencia asociada con John Austin. El positivismo es la creencia de que la ley es mandato de un soberano humano, que en el caso de Estados Unidos es el pueblo. Los derechos individuales eran vistos simplemente como correlativos de los deberes y, por lo tanto, los derechos, al igual que los deberes, eran simplemente la creación de la ley. Aunque el derecho natural podría seguir existiendo como categoría moral, sólo las leyes adoptadas por un soberano podrían constituir la base de una decisión judicial. La ley ya no se originaba en Dios ni en la naturaleza, sino en el consentimiento popular.[1]

II. FORMALISMO JURÍDICO

A finales del siglo XIX, el surgimiento de facultades de derecho en las universidades con profesores de tiempo completo generó un cuerpo de escritos teóricos sobre cómo los abogados y jueces aplican el derecho positivo para determinar los derechos y deberes individuales. Uno de los comentaristas más influyentes sobre el tema fue Christopher Columbus Langdell, quien fue nombrado decano de la Facultad de Derecho de Harvard en 1870.

Langdell propuso la idea de que el derecho es una ciencia, como la biología o la física. Los datos en los que se basa esta ciencia son decisiones judiciales. Dean Langdell continuó la analogía lo suficiente como para argumentar que la biblioteca es para un abogado lo que el laboratorio es para el químico o el físico. Como explicó en un discurso de graduación en 1887 en Harvard:

[Era] indispensable establecer al menos dos cosas; primero, que el derecho es una ciencia; en segundo lugar, que todos los materiales disponibles de esa ciencia están contenidos en libros impresos... Si se trata de una ciencia, difícilmente se discutirá que es una de las ciencias más grandes y más difíciles... También hemos constantemente inculcó la idea de que la biblioteca es el taller adecuado tanto para profesores como para estudiantes; que es para nosotros todo lo que los laboratorios de la universidad son para los químicos y físicos, todo lo que el museo de historia natural es para los zoólogos, todo lo que el jardín botánico es para los botánicos.[2]

Así como el científico podía discernir las leyes de la naturaleza estudiando datos empíricos, el abogado podía descubrir las leyes de la sociedad estudiando casos. El método utilizado por el abogado para descubrir estas leyes fue el de la inducción. Después de leer varios casos que articulan una regla particular, el abogado podría inferir que esta regla debe ser una regla general de derecho.

Langdell creía que el resultado final de este proceso de observación e inducción sería el descubrimiento de un pequeño número de reglas muy generales. Todos los casos futuros podrían decidirse aplicando estas reglas generales a los hechos mediante el proceso de deducción. Aquellas decisiones judiciales que no se ajustaran a estas reglas generales podrían ser desestimadas por equivocadas.

Langdell hizo explícito este enfoque en el prefacio de su libro de casos de derecho contractual de 1871:

El derecho, considerado como ciencia, se compone de ciertos principios o doctrinas. Tener tal dominio de éstos como para poder aplicarlos con constante facilidad y certeza a la siempre enmarañada madeja de los asuntos humanos, es lo que constituye a un verdadero abogado... [M]as breves y mejores, si no la única manera de dominar eficazmente la doctrina es estudiando los casos en los que se materializa. Pero los casos que son útiles y necesarios para este propósito en la actualidad guardan una proporción extremadamente

pequeña con respecto a todos los que se han informado. La gran mayoría son inútiles, y peor que inútiles, para cualquier estudio sistemático. Además, el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que comúnmente se supone; las muchas formas diferentes en las que aparece constantemente la misma doctrina... son causa de mucha aprensión. Si estas doctrinas pudieran clasificarse y ordenarse de tal manera que cada una se encontrara en su lugar apropiado, y en ningún otro lugar, dejarían de ser formidables por su número.[3]

El enfoque de Langdell ha sido a menudo llamado "formalismo jurídico" o, simplemente, "formalismo". El término se refiere a un proceso de decisión de casos mediante la aplicación mecánica de reglas generales.

El formalismo representó en muchos aspectos la apoteosis de la filosofía de la Ilustración en el pensamiento jurídico estadounidense. La creencia de Langdell de que el derecho era una ciencia era coherente con el esfuerzo de la Ilustración de aplicar el método científico a todas las formas de conocimiento. La combinación de inducción y deducción en el método de Langdell introdujo en el razonamiento jurídico tanto la vertiente empirista como la racionalista de la epistemología de la Ilustración.

El formalismo también fue consistente con el liberalismo político de la Ilustración. Específicamente, el formalismo afirmó el principio del estado de derecho al insistir en que toda adjudicación era la aplicación mecánica de reglas. Las reglas eran las promulgadas por la legislatura o las ya anunciadas en casos anteriores. En efecto, el juez tenía poca o ninguna discreción; estaba sujeto a una ley preexistente. La ley restringió a los tribunales y, por tanto, protegió la libertad.

El formalismo afirmó la creencia liberal en la igualdad natural de los hombres. Al aplicar relativamente pocas reglas muy generales a un gran número de transacciones, el formalismo negó la relevancia de las diferencias entre las personas involucradas en una transacción. Es decir, el formalismo negó la relevancia de la jerarquía social o económica.

El formalismo también sostenía, al igual que el liberalismo, que los individuos eran libres de ejercer su voluntad. Al negarse a tomar en cuenta la jerarquía social o económica o muchos de los detalles de las transacciones individuales, el formalismo fue sistemáticamente ciego a todo excepto a las formas más crudas de coerción y, por lo tanto, vio la actividad humana como predominantemente libre. Como los individuos eran libres, tal como el formalismo definía la libertad, la intervención judicial en el sector privado debería limitarse a actos que de alguna manera hicieran cumplir o ratificaran la voluntad de las partes privadas en lugar de imponer la voluntad del Estado. La aplicación mecánica de las reglas aportó previsibilidad a la adjudicación, lo que promovió el comercio y la inversión entre los actores privados. Los supuestos formalistas de que los individuos eran libres de ejercer su voluntad y de asumir o rechazar obligaciones legales reflejaban el supuesto de la economía de mercado de que los participantes del mercado actúan como maximizadores racionales de su propia utilidad. En otras palabras, la abstención judicial de la imposición de la voluntad del Estado era el análogo legal de la política económica de

laissez-faire. Por tanto, el formalismo también parecía coherente con la teoría económica liberal.

El formalismo tenía un atractivo adicional para los abogados en particular porque su carácter ostensiblemente "científico" elevaba el estudio y la práctica del derecho a un plano de experiencia técnica especializada, equivalente al requerido de los físicos, químicos y otros científicos. En resumen, el formalismo parecía prometer un sistema jurídico científico caracterizado por la libertad, la igualdad, la prosperidad económica y la legitimidad política.

A pesar de la coherencia del formalismo con gran parte de la filosofía de la Ilustración, las consecuencias políticas del formalismo a finales del siglo XIX fueron bastante diferentes de las de la filosofía de la Ilustración a finales del siglo XVIII. La epistemología y la teoría política de la Ilustración habían tenido un impacto revolucionario. La epistemología de la Ilustración cuestionó siglos de autoridad religiosa establecida, mientras que su teoría política justificó el derrocamiento de un orden feudal monárquico cuyos orígenes podrían remontarse al colapso del imperio romano.

El formalismo, por el contrario, tendió a legitimar la distribución existente de riqueza y poder. Sus premisas esenciales eran que existe una única norma de derecho correcta que ha sido establecida en casos anteriores y que la única tarea del tribunal es descubrirla y aplicarla. Un sistema así supone implícitamente que los casos anteriores son correctos y que el orden existente es intrínsecamente justo. De hecho, cualquier decisión que se aparte de las normas existentes sería errónea.

El formalismo también se apartó de la filosofía de la Ilustración de finales del siglo XVIII al negarse a abrazar explícitamente el naturalismo. La revolución positivista de principios del siglo XIX había progresado lo suficiente como para que Langdell no hubiera podido argumentar de manera creíble que los jueces podían encontrar el derecho mediante el ejercicio de la razón cartesiana. Más bien, la ley debía encontrarse empíricamente, leyendo decisiones reales de los tribunales. La Corte Suprema de Estados Unidos de finales del siglo XIX tampoco reclamó el poder de invalidar legislación que entrara en conflicto con el derecho natural no codificado en la Constitución.

El naturalismo, sin embargo, sobrevivió en el sentido de que los tribunales del siglo XIX a menudo interpretaban la ley en el contexto de los supuestos de la Ilustración sobre la "naturaleza" inherente de la libertad o la propiedad. En otras palabras, el formalismo heredó del naturalismo una metafísica realista. Los pensadores formalistas asumieron que conceptos como libertad o propiedad existían en abstracto y tenían un contenido establecido. Una vez que un juez había determinado que un concepto particular era aplicable al caso bajo consideración, ese juez podía razonar deductivamente a partir de la naturaleza del concepto para determinar el resultado correcto.

III. LA CRÍTICA DEL FORMALISMO JURÍDICO

Desde sus inicios, el formalismo fue atacado por un número pequeño, pero creciente, de juristas. El ataque al formalismo fue un desafío tanto a sus supuestos metodológicos como a sus consecuencias políticas. En las secciones siguientes se esboza la crítica metodológica y luego la crítica política del formalismo.

A. La crítica metodológica

El formalismo era un objetivo metodológicamente vulnerable porque los supuestos en los que se basaba fueron puestos en duda por los avances de la ciencia y la filosofía. El mismo escepticismo que había socavado la fe religiosa en los albores de la Ilustración corroía ahora la creencia en la existencia de categorías a priori discernibles.

El escepticismo era a la vez epistemológico y metafísico. El escepticismo epistemológico cuestionó la capacidad de los humanos para percibir la realidad con precisión. El escepticismo metafísico cuestionaba si existía una realidad que percibir. Más específicamente, la corriente empirista de la filosofía de la Ilustración comenzó a dominar la corriente racionalista y luego fue cuestionada, mientras que el nominalismo en la metafísica desplazó al realismo. El efecto colectivo fue la afirmación de que no existen categorías a priori, pero, incluso si las hubiera, no podríamos conocerlas. Esta afirmación evolucionó a mediados del siglo XX hasta convertirse en la perspectiva filosófica generalmente conocida como posmodernismo y pareció llevar la era moderna de la filosofía a un callejón sin salida.

La postura escéptica que culminó en el posmodernismo no fue una ruptura repentina con el pasado, sino más bien una continuación de un proceso de investigación crítica que había comenzado con el Renacimiento, la Reforma y la Revolución Científica. En el siglo XVIII, Immanuel Kant había desafiado tanto la vertiente racionalista como la empirista de la epistemología de la Ilustración. Estuvo de acuerdo con los empiristas en que la razón por sí sola no puede enseñarnos nada y que el conocimiento debe provenir de la experiencia sensorial. Al mismo tiempo, las impresiones sensoriales, a menos que estuvieran organizadas mediante algún tipo de categorías a priori, carecían de significado y, por tanto, el empirismo por sí solo resultaba inadecuado. El resultado fue que los humanos nunca podrían conocer el mundo tal como existe en realidad. Sólo podían conocer las apariencias.

En el ámbito de la ciencia, *El origen de las especies de Charles Darwin,* publicado en 1859, situaba a la humanidad dentro del reino animal, poniendo así en duda si los hombres poseían una posición privilegiada desde la que podían percibir racionalmente el mundo. Al cabo de unas pocas décadas, Sigmund Freud comenzó a explorar el funcionamiento de la mente inconsciente, desafiando aún más las pretensiones del hombre de racionalidad y libertad. Las ciencias sociales emergentes de finales del siglo XIX y principios del XX, en particular la psicología, la sociología y la antropología conductistas, trataron el comportamiento humano como determinado biológica, social y culturalmente, más que como producto de la razón o la libre elección. Karl Marx, en particular, propuso una teoría del determinismo económico, en la que el comportamiento humano estaba determinado por los medios de producción. Todos estos desarrollos se fusionaron para crear una visión de la humanidad que no estaba formada por actores autónomos y racionales en la tradición cartesiana, sino simplemente por animales inteligentes que respondían a su entorno.

Los avances en la teoría lingüística socavaron aún más la pretensión del hombre de tener un pensamiento racional. Ferdinand de Saussure, un destacado lingüista del siglo XIX,

argumentó que las palabras se refieren a otras palabras, no a objetos del mundo. Es decir, el lenguaje es un sistema cerrado y autorreferencial, no un mecanismo que represente exactamente la realidad. A mediados del siglo XX, Edward Sapir y Benjamin Lee Whorf propusieron su hipótesis de que el lenguaje en realidad determina la percepción de la realidad por parte de un individuo. Es decir, en lugar de inventar palabras para reflejar los objetos del mundo, las personas perciben el mundo en términos de las palabras que conocen. Por tanto, el conocimiento está moldeado por el lenguaje, que es un fenómeno cultural. El comienzo del conocimiento no es la introspección individual, sino la investigación colectiva, porque pensamos en categorías socialmente construidas.

La crítica metodológica también obtuvo fuerza de una tradición romántica e historicista que surgió a principios del siglo XIX como reacción a la visión mecánica del mundo de la Ilustración. Mientras que los liberales de la Ilustración imaginaban sociedades de individuos racionales gobernados por leyes eternas y universales, los románticos pusieron mayor énfasis en los aspectos históricos, contextuales y no racionales de la vida humana. Los individuos debían ser entendidos no como ciudadanos autónomos del mundo, sino como miembros de una nación formada por los mitos y creencias que la nación tenía en un momento determinado y que compartían ellos. La tradición historicista se vio reforzada por el trabajo de Darwin, que demostró la naturaleza evolutiva y contextual de la existencia humana.

A principios del siglo XX, la física newtoniana, piedra angular de la visión del universo de la Ilustración, fue atacada. La teoría de la relatividad de Albert Einstein afirmaba que el tiempo se mueve a ritmos diferentes para observadores que se mueven a velocidades diferentes. Einstein también descubrió que la materia y la energía, que se habían entendido como los mínimos irreductibles del universo, en realidad podían convertirse entre sí y que incluso el tiempo y el espacio estaban en un continuo. El principio de incertidumbre de Werner Heisenberg afirmaba que, al menos a nivel subatómico, los fenómenos cambian por el acto de ser observados, y la mecánica cuántica de Max Planck y Niels Bohr descubrió que la mejor manera de describir los fenómenos subatómicos para algunos propósitos era tomar la forma de una onda y para otros fines tomando la forma de partículas. El descubrimiento de que, en el mejor de los casos, el movimiento de las partículas subatómicas sólo podía predecirse con grados de probabilidad sugería que si la naturaleza en su nivel más elemental era indeterminada, la búsqueda de conocimientos ciertos era inútil.

El efecto de estos avances fue poner en duda la suposición de la Ilustración de que los humanos podían comprender la realidad última mediante el ejercicio de la razón o la observación empírica. En cambio, todo el conocimiento era perspectivo o situacional: los observadores humanos entendían el mundo de manera diferente según sus circunstancias. Por tanto, los jueces no pueden ser observadores completamente objetivos o racionales.

El elemento metafísico de la crítica de la filosofía de la Ilustración planteó la cuestión de si había una realidad última que percibir. La metafísica de la Ilustración se había basado en su epistemología, y con la epistemología bajo ataque, la metafísica se derrumbó. El filósofo del siglo XIX Friedrich Nietzsche declaró que Dios estaba muerto y que no había hechos, sólo

interpretaciones. Los filósofos pragmáticos de finales del siglo XIX, sobre todo William James y John Dewey, influenciados por el consecuencialismo del utilitarismo y el contextualismo de los historicistas, abandonaron el intento de determinar si las proposiciones eran verdaderas a priori y midieron la verdad de una idea sólo por su consecuencias. Los antropólogos de principios del siglo XX que realizaron estudios etnográficos de sociedades primitivas descubrieron que las culturas funcionaban con éxito basándose en creencias morales muy diversas, lo que sugería que los principios éticos estaban determinados culturalmente y no tenían existencia ontológica. Una vez más, la teoría de la relatividad y la mecánica cuántica del siglo XX pusieron en duda si existía una caracterización "verdadera" de algún fenómeno.

En resumen, el pensamiento de principios del siglo XX parecía descartar la posibilidad de una metafísica significativa. No había verdades fijas que conocer. Además, una vez desacreditadas las afirmaciones del racionalismo y el empirismo, no parecía haber ningún medio privilegiado de conocimiento. Para los posmodernistas, entonces, sólo había una crítica interminable.

La filosofía posmoderna de mediados del siglo XX produjo dos movimientos principales. Los existencialistas, como Martin Heidegger y Jean-Paul Sartre, siguiendo a Nietzsche, sostuvieron que en ausencia de Dios o de la verdad, los hombres son libres de ser lo que deseen y deben elegir los principios en los que basar sus acciones. El existencialismo a veces se caracteriza por la proposición de que "la existencia precede a la esencia", lo que significa que lo único seguro acerca del hombre es su existencia y que su naturaleza, su esencia, se establece sólo a través de sus propias acciones.

Los analistas lingüísticos, siguiendo a Ludwig Wittgenstein, intentaron reducir la filosofía al análisis de proposiciones. Las cuestiones de filosofía, argumentaban, eran el resultado de malentendidos del lenguaje. La tarea del filósofo, entonces, era analizar el lenguaje y resolver cuestiones corrigiendo errores lingüísticos.

B. La crítica política

El formalismo estuvo sujeto a una crítica política basada en el desacuerdo tanto con la visión formalista de la sociedad como con los usos políticos de la teoría jurídica formalista. Esta crítica sostenía que el formalismo no estaba en sintonía con la realidad y que conducía a decisiones judiciales que eran incompatibles con el gobierno de la mayoría.

El problema de la visión formalista de la sociedad era que negaba la relevancia de la jerarquía social. Al someter todos los casos a unas pocas reglas generales, el formalismo trataba a todas las personas de la misma manera. Así, por ejemplo, los contratos de consumo, los contratos de trabajo y los contratos comerciales estaban todos regidos por un único cuerpo de derecho contractual. Un trabajador que negociaba con su empleador se regía por las mismas reglas que dos comerciantes que negociaban entre sí. Las desigualdades en riqueza, conocimiento o poder eran irrelevantes.

La visión formalista se basó en la concepción liberal de la sociedad como una agregación de individuos racionales y autónomos. Según el concepto lockeano, todas las personas nacen libres e iguales. Con esa premisa, no había ninguna justificación para leyes detalladas y de redacción estricta que intentaran distinguir entre personas en función de sus circunstancias individuales.

A muchos les pareció que la industrialización de Estados Unidos en el siglo XIX destruía la plausibilidad de la visión lockeana. A finales de siglo, la sociedad estadounidense se caracterizaba por enormes desigualdades de riqueza, poder y oportunidades, en desventaja para los trabajadores, los agricultores, las mujeres y las minorías raciales y étnicas.

Las decisiones judiciales formalistas, como *Lochner contra Nueva York* , que anulaban la ley de horas máximas para los panaderos de Nueva York porque interfería con la libertad de contratación de los panaderos, fueron atacadas por los progresistas por considerarlas irremediablemente ciegas a la realidad social.[4] De hecho, los panaderos no tenían la misma libertad que sus empleadores para negociar sus contratos.

Gran parte de la jurisprudencia formalista también fue criticada por ser simplemente inconsistente con el sentimiento mayoritario y, por tanto, antidemocrática. El juez Oliver Wendell Holmes Jr. comenzó su disidencia en el caso *Lochner* con la observación de que "este caso se decide sobre una teoría económica que una gran parte del país no considera".[5]

La Gran Depresión que comenzó en 1929 solidificó una mayoría electoral sustancial contra las consecuencias políticas del formalismo y marcó el comienzo del New Deal del presidente Franklin Delano Roosevelt. Al final del New Deal, los oponentes progresistas del formalismo constituían una mayoría consistente en la Corte Suprema de Estados Unidos, y el término *lochnerismo* , en referencia al caso de los panaderos de Nueva York, se había convertido en un término de oprobio.

IV. REALISMO JURÍDICO

El ataque metodológico al formalismo fue dirigido por Oliver Wendell Holmes Jr., abogado, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard y magistrado tanto de la Corte Judicial Suprema de Massachusetts como de la Corte Suprema de Estados Unidos. Su crítica incisiva del formalismo condujo a su eventual desaparición y le dio la reputación de ser el mayor filósofo jurídico de Estados Unidos.

El giro hacia el positivismo jurídico a principios del siglo XIX había representado un paso del derecho como creación divina o un hecho natural al derecho como creación humana. Holmes entendió las consecuencias de este cambio: como creaciones humanas, las categorías conceptuales de la ley, como propiedad o libertad, no eran autodefinidas, sino manipulables y, por lo tanto, a menudo incapaces de determinar resultados.

En otras palabras, Holmes negó la premisa central del formalismo: que las reglas abstractas pudieran aplicarse mecánicamente para decidir disputas individuales. Resumió su punto de vista en uno de sus epigramas más famosos, escrito en *Lochner v. Nueva York* , en el que decía que "las proposiciones generales no deciden casos concretos".[6]

Holmes creía que los jueces en realidad deciden los casos no por deducción formal de las reglas sino por referencia a consideraciones políticas. Como explicó en su libro de 1881, *The Common Law* : "La vida de la ley no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones de política pública, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, han tenido mucho más que ver que el silogismo en la determinación de las reglas. por el cual los hombres deben ser gobernados".[7]

Así, la obra de Holmes mezcló los temas historicistas, pragmáticos y positivistas del pensamiento del siglo XIX. El derecho no era un cuerpo fijo de reglas con existencia ontológica sino el producto evolutivo de circunstancias históricas.

En el transcurso del siguiente medio siglo, un número cada vez mayor de abogados y jueces llegaron a aceptar la opinión de Holmes de que el formalismo no describía el proceso real de adjudicación. Roscoe Pound, decano de la Facultad de Derecho de Harvard de 1916 a 1936, fundó un movimiento conocido como jurisprudencia sociológica, que consideraba un movimiento a favor del pragmatismo como filosofía del derecho. Pound insistió en que los jueces sean sensibles a los hechos reales del mundo, a la cuestión de si, por ejemplo, los trabajadores eran realmente iguales a sus empleadores y, por lo tanto, capaces de negociar libremente, y enfatizó las formas en que la ley en acción podría diferir de la ley. en los libros. Propuso que las decisiones judiciales se tomaran sopesando los intereses políticos, una propuesta considerada por algunos como el origen de las modernas pruebas de "equilibrio", y se refirió a los jueces con aprobación como ingenieros sociales.

En la década de 1920, se había desarrollado una nueva escuela de jurisprudencia, conocida como realismo jurídico, en torno al ataque al formalismo. [8] Los positivistas lógicos de la filosofía de principios del siglo XX afirmaban que sólo eran verdaderas las proposiciones que podían verificarse empíricamente. La verdad era accesible a través de la ciencia. De la

misma manera, los realistas jurídicos de esa época creían que las ciencias sociales podían rescatar al derecho del colapso del formalismo.

Al observar la ciencia, en un principio podría pensarse que los realistas comparten la metodología de los formalistas. De hecho, sin embargo, mientras Langdell había visto en la ciencia principalmente el racionalismo deductivo de Descartes, los realistas jurídicos se sintieron atraídos por el empirismo. Así, el paso del formalismo al realismo jurídico representó un cambio epistemológico de una ciencia deductiva a una más empírica. La ciencia revelaría a los realistas jurídicos cómo funciona realmente la ley en la práctica y, por lo tanto, proporcionaría una base para decisiones acertadas. Si bien Langdell originó el libro de casos, que consta enteramente de extractos de decisiones de apelación, los realistas jurídicos agregaron comentarios y otros documentos destinados a ubicar la ley en contexto y rebautizaron los libros como colecciones de "casos y materiales".

El realismo jurídico también reflejó un cambio en la metafísica del pensamiento jurídico estadounidense. A pesar del nombre, el realismo representó de hecho un paso de la metafísica realista que dominó la Ilustración a una metafísica nominalista. Los realistas jurídicos veían los conceptos jurídicos como meras etiquetas vacías colocadas sobre fenómenos por una sociedad. El concepto de propiedad, por ejemplo, no tiene contenido intrínseco. Declarar que un bien jurídico es una propiedad no dice necesariamente nada en particular sobre ese interés. No se podría deducir ninguna conclusión específica de la designación del interés como propiedad.[9]

De hecho, algunos de los trabajos más conocidos de los realistas consistieron en intentos de ridiculizar la cosificación de los conceptos jurídicos por parte de los formalistas. Felix Cohen, por ejemplo, escribió un artículo muy discutido, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", en el que planteaba preguntas como "¿Dónde está una corporación?" [10] Su punto era que una corporación es un concepto, no una cosa; no existe en ninguna parte. Un tribunal puede optar, por razones de política, por tratar a una corporación para algún propósito como si estuviera "presente" en un lugar en particular. Sin embargo, tal resultado se justifica sobre la base de que tratar a la corporación como si estuviera presente en la jurisdicción es una política sólida, más que sobre la base de que la corporación realmente esté allí.

El escepticismo sobre la determinación de las reglas fue acompañado por una reconceptualización de las categorías del derecho. Los formalistas habían concebido el derecho como algo que creaba categorías claramente definidas en las que se podían ubicar las situaciones fácticas. Cada categoría estaba asociada a una consecuencia jurídica específica. Así, la colocación de una situación en una categoría particular determinaba los derechos o deberes aplicables a esa situación. Basándose en los avances de la ciencia del siglo XX, los realistas ya no creían que los fenómenos del mundo cayeran en categorías naturales, como materia y energía o espacio y tiempo. El modelo dominante de la realidad ya no eran las categorías, sino los continuos. La coerción y el libre albedrío, por ejemplo, definían polos opuestos de un continuo, no dos categorías mutuamente excluyentes. Por tanto, los hechos no encajaban en una categoría, sino en un continuo. El razonamiento jurídico no fue un proceso de categorizar fenómenos distintos, sino más bien de trazar

líneas para crear distinciones entre fenómenos esencialmente indistinguibles. Un proceso así no podía ser mecánico en la forma en que el formalismo imaginaba la adjudicación; implicaba necesariamente el ejercicio del juicio.

Los avances científicos, en particular los de las ciencias sociales y la biología evolutiva, han puesto en duda la racionalidad de la mente humana. Se podría considerar a los jueces no como lógicos que aplican reglas, sino como animales inteligentes que responden de manera tanto racional como no racional a su entorno y a sus impulsos. Un realista jurídico, Jerome Frank, escribió un libro titulado *Law and the Modern Mind* en el que exploraba la psicología del juicio. Sostuvo que los jueces deciden los casos intuyendo el resultado correcto y luego consultando las reglas para encontrar una justificación a su decisión. De hecho, ya en 1921, Benjamín Cardozo, más tarde juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, había pronunciado una serie de conferencias publicadas con el título *La naturaleza del proceso judicial* en las que discutía el elemento subconsciente en la toma de decisiones judiciales.

El realismo jurídico se caracterizó no sólo por el escepticismo acerca de la técnica del formalismo sino también por el desacuerdo con las opiniones políticas de los formalistas. Los realistas simpatizaban con el New Deal de Franklin Roosevelt. Favorecían un sistema legal que estuviera mucho más dispuesto a regular la actividad económica para proteger a los miembros más débiles de la sociedad contra los fuertes.

Los realistas desafiaron los esfuerzos de los formalistas por establecer normas jurídicas con un alto grado de generalidad. Incluso aparte del vacío de las categorías, los realistas sostenían que, debido a que había desigualdades dentro de la sociedad, para que la ley tratara a todos por igual era, de hecho, dar preferencia a los más fuertes. Por ejemplo, tratar a un trabajador y a un empleador simplemente como dos iguales comprometidos en negociar libremente los términos de un contrato de trabajo era negar la realidad de que el trabajador puede haber tenido poco poder de negociación real. Los realistas eran más propensos a evaluar las decisiones judiciales según su efecto real en la sociedad, en lugar de según su coherencia con casos anteriores o reglas abstractas.

Si los realistas tenían razón y los jueces no decidían los casos mediante la aplicación mecánica de reglas, entonces el formalismo era simplemente una ficción utilizada por los jueces para legitimar decisiones basadas en sus propios puntos de vista políticos. Como los jueces no eran elegidos, ese método de adjudicación parecía antidemocrático. Es más, si los jueces no aplicaban reglas mecánicamente, entonces la adjudicación no era el proceso uniforme y predecible que el formalismo había prometido.

La crítica realista al formalismo fue devastadora. Todas las virtudes del formalismo se basaban en el supuesto de que las reglas podían aplicarse mecánicamente. Sin embargo, los realistas fueron incapaces de articular una nueva teoría de la adjudicación que evitara recurrir a las preferencias políticas individuales del juez. Defender que los jueces simplemente deciden los casos basándose en sus preferencias personales parecía profundamente inconsistente con la teoría democrática estadounidense, según la cual el pueblo hace las leyes y los jueces simplemente las aplican. Los realistas habían destruido el formalismo, pero no podían ofrecer ninguna teoría enteramente aceptable con la que reemplazarlo.

Los realistas en general favorecían ciertas técnicas. Creían que el proceso de aplicación de una norma requería un examen de la política detrás de la norma. Su método preferido de adjudicación era un equilibrio de políticas caso por caso a la luz de los hechos del caso particular, teniendo en cuenta cómo funcionaría la norma en la práctica. No estaban a favor de grandes declaraciones de reglas abstractas. Esas reglas ofrecían una falsa esperanza de previsibilidad y oscurecían la verdadera naturaleza de los juicios de política que se requerían.

Algunos realistas propusieron el uso de técnicas de las ciencias sociales para estudiar el funcionamiento de la ley en la práctica. Los profesores de derecho realistas lanzaron ambiciosos proyectos empíricos para estudiar el comportamiento social, el funcionamiento del sistema legal y la relación entre ambos. El profesor de derecho de Yale, Underhill Moore, por ejemplo, estudió los patrones de estacionamiento y tráfico en New Haven, Connecticut, durante la década de 1930 en un esfuerzo por determinar el grado de cumplimiento de las ordenanzas municipales en diversas circunstancias. La esperanza era que las ciencias sociales pudieran reemplazar las reglas formales como base para estructurar los derechos y deberes legales. Los realistas estaban particularmente a favor de la reforma legislativa y la codificación del derecho consuetudinario para eliminar la oscuridad y colocar el derecho firmemente sobre los pilares de la investigación científica. Karl Llewellyn, por ejemplo, un destacado realista, fue el principal redactor del Código Comercial Uniforme durante la década de 1940.

Por tanto, el realismo jurídico tenía una vertiente tanto crítica como constructiva. La corriente crítica enfatizó la indeterminación de las reglas y estaba dirigida a desacreditar las afirmaciones del formalismo y demostrar que los conceptos generales no podían decidir de manera concluyente disputas específicas. La corriente constructiva intentó utilizar técnicas emergentes de las ciencias sociales para guiar el trabajo de las legislaturas y los tribunales.

Sin embargo, en gran medida, los estudios de ciencias sociales emprendidos por los realistas no parecieron lograr mucho. Los resultados fueron a menudo poco concluyentes o triviales. Además, nunca estuvo claro cómo el proyecto descriptivo de estudiar el derecho en la práctica podría realizar la tarea normativa de determinar cuál debería ser el derecho.

A mediados de la década de 1940, el realismo jurídico como movimiento estaba eclipsado. En un momento en que Estados Unidos libraba una guerra mundial contra el fascismo y luego una guerra fría contra el comunismo y sostenía que las instituciones políticas y jurídicas estadounidenses eran superiores a las de sus enemigos ideológicos, la crítica del realismo jurídico al razonamiento jurídico y su falta de contenido normativo parecía socavar la pretensión de superioridad o al menos hacerla más difícil de avanzar. A medida que la Guerra Fría se convirtió en una fuerza dominante en la vida estadounidense y Estados Unidos se cansó de las reformas del New Deal, el país tomó una dirección más conservadora. Como movimiento reformista, el realismo jurídico no encajaba con el temperamento ideológico de las décadas de 1940 y 1950. Además, su programa constructivo parecía conducir en cualquier caso a un callejón sin salida metodológico.

Sin embargo, el realismo jurídico dejó importantes legados. Una fue su afirmación de que los métodos de las ciencias sociales deberían usarse para evaluar los efectos del derecho en la práctica. Otro legado, más controvertido, fue su afirmación de que la ley es a menudo indeterminada y, por tanto, la adjudicación es una cuestión de política, no de razón. Es decir, las decisiones judiciales son producto no simplemente de la aplicación lógica de reglas, sino que reflejan tendencias políticas, económicas, sociales, culturales y de otro tipo en la sociedad.

V. RAZONAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO CONTEMPORÁNEO

La filosofía jurídica desde mediados del siglo XX ha estado dominada por los esfuerzos por responder a la crítica realista. En la década de 1950, varios académicos involucrados en tipos similares de argumentos se conocieron como la escuela del proceso legal, cuyas figuras más prominentes fueron los profesores Henry Hart y Albert Sacks de la Facultad de Derecho de Harvard. La escuela de proceso legal sostuvo que las decisiones legales deberían asignarse a las instituciones más competentes para tomarlas. Por lo tanto, los tribunales deberían abstenerse de tomar ciertos tipos de decisiones porque era mejor dejarlas en manos de la legislatura. Cuando un tribunal era la entidad apropiada para decidir, el juez debería tomar la decisión mediante un proceso de "elaboración razonada", es decir, redactando opiniones que expliquen cuidadosamente (y reflejen con precisión) la base de la decisión. Además, la decisión debería basarse en principios legales, más que en consideraciones políticas, a las que a veces se referían como "políticas". Creían que tal enfoque proporcionaría la limitación necesaria a la toma de decisiones judiciales. La escuela del proceso jurídico buscó así rescatar el derecho de la crítica realista jurídica, es decir, demostrar que el derecho podía, hasta cierto punto, trascender la política.

A partir de la década de 1960, surgieron una serie de nuevos movimientos en la academia jurídica, varios de los cuales se analizan en el capítulo 12. Muchos de estos movimientos posteriores consideraron que la idea de que los jueces podían o decidirían casos basándose únicamente en la aplicación racional de principios neutrales era ingenuo. A medida que los juristas acudieron en masa a estos nuevos movimientos, el movimiento del proceso legal se desvaneció. Sin embargo, el razonamiento jurídico dominante hoy en día tiene mucho en común con la escuela de procesos legales. Los abogados y jueces se comportan como si los casos se decidieran mediante la aplicación racional de reglas y sus principios subyacentes, aunque la palabra *políticas* se utiliza con más frecuencia que *principios* e incluye una gama mucho más amplia de consideraciones de las que los teóricos del proceso legal habrían considerado apropiadas. Sin embargo, la adjudicación se trata como un proceso racional, un proceso de "razonamiento jurídico". Los abogados reconocen que los propios valores de un juez sí juegan un papel en la decisión. Esto se considera un defecto quizás inevitable que debería evitarse siempre que sea posible, pero que mientras tanto el abogado probablemente utilizará para obtener una ventaja táctica.

El resultado de la crítica realista es que el razonamiento jurídico dominante a principios del siglo XXI es una especie de formalismo modificado. La mayoría de los abogados actuales no son ni formalistas ni realistas. El formalismo está demasiado desacreditado para proporcionar una filosofía completa del razonamiento jurídico. Al mismo tiempo, el realismo nunca desarrolló un sustituto adecuado y, por tanto, nunca desplazó por completo al formalismo como modo dominante de razonamiento jurídico.

Como formalistas modificados, los abogados tradicionales no creen que todos los casos puedan decidirse mediante la aplicación mecánica de reglas, pero tampoco creen que la adjudicación esté totalmente libre de restricciones. A veces las reglas dictan los resultados

y otras no. Los abogados hablan de los casos como “fáciles” o “difíciles”. Un caso fácil es aquel en el que parece que una regla parece determinar el resultado. Un caso difícil es aquel en el que las reglas no parecen exigir un resultado específico.

Cuando un caso es fácil, los abogados generalmente esperan que las reglas puedan aplicarse de la manera esencialmente mecánica que contempla el formalismo. Cuando un caso es difícil, la regla se aplica para promover las políticas subyacentes a las reglas.

La justificación del poder judicial en el pensamiento jurídico dominante contemporáneo se basa en el supuesto de que el derecho es lo suficientemente determinado como para que la mayoría de las transacciones nunca den lugar a una disputa, la mayoría de las disputas se resuelven sin adjudicación, la adjudicación en la mayoría de los casos está limitada por la ley y el poder judicial limitado. La discreción ejercida en casos difíciles comparativamente raros es simplemente una función del papel único asignado por la Constitución a los tribunales. Por lo tanto, desde el punto de vista dominante, el poder del juez de ejercer discreción al decidir la disputa ocasional en la que la ley guarda silencio o es poco clara no deslegitima todo el sistema legal.

Sin embargo, los debates jurisprudenciales en la era posrealista han estado dominados por la cuestión de si la resolución de disputas legales por motivos políticos es consistente con el gobierno democrático o es una usurpación ilegítima del poder por parte de jueces no electos. Un resultado importante de este debate ha sido el surgimiento de varias escuelas de pensamiento diferentes sobre cómo abordar el problema de la legitimidad. Así como el realismo jurídico comenzó como una discusión académica que llegó a la práctica jurídica convencional, el trabajo de estas escuelas modernas seguramente tendrá un impacto en la práctica jurídica en el futuro. Algunas de estas nuevas escuelas de pensamiento son el tema del próximo capítulo.

12

PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

El razonamiento jurídico dominante contemporáneo ha sido objeto de extensos comentarios y críticas por parte de varias escuelas de pensamiento jurídico que han surgido desde la década de 1960. Este capítulo proporciona una introducción muy breve a varias de estas escuelas.

Se advierte al lector que las escuelas de pensamiento jurídico suelen comprender un conjunto diverso de académicos que no están de acuerdo entre sí en muchos aspectos y que pueden compartir poco más que una orientación política particular o una técnica metodológica. Por lo tanto, los breves resúmenes aquí no pueden comenzar a describir adecuadamente la variedad de enfoques dentro de cada escuela, y las generalizaciones

sobre cada escuela pueden no aplicarse a muchos de aquellos considerados miembros de la escuela.

El propósito de este capítulo no es examinar toda la gama de estudios jurídicos sobre el tema del razonamiento jurídico a principios del siglo XXI. Más bien, este capítulo sólo busca presentar al lector algunas de las perspectivas contemporáneas más destacadas sobre el razonamiento jurídico dominante, en particular aquellas que han sido una fuerza en la educación jurídica durante al menos un par de décadas y que, por lo tanto, parecen tener una mayor probabilidad de tener una larga trayectoria. impacto del término.

Sin duda, muchos trabajos académicos que no se analizan en este capítulo harán una contribución significativa. Por ejemplo, muchos juristas utilizan enfoques interdisciplinarios del derecho, centrándose en cómo el derecho se ve moldeado por el contexto en el que opera. Uno de estos enfoques interdisciplinarios, conocido como derecho y economía, es una escuela importante y se analiza por separado a continuación. Sin embargo, los estudiosos del derecho también recurren a la historia, la sociología, la psicología, la antropología, la crítica literaria y otras disciplinas para comprender mejor el derecho y el razonamiento jurídico. Gran parte de este trabajo es realizado por académicos que se identifican como miembros del movimiento Derecho y Sociedad, un grupo de base muy amplia formado en la década de 1960 que estudia el derecho en su contexto social y es en muchos aspectos una extensión del movimiento realista jurídico. Algunas facultades de derecho ahora buscan nombrar en sus facultades candidatos que tengan un doctorado, a menudo en una de las ciencias sociales, además de su título en derecho. Como era de esperar, dada la popularidad de los enfoques interdisciplinarios del derecho, los académicos del derecho se involucran cada vez más en investigaciones empíricas. Este mayor énfasis en el trabajo interdisciplinario y empírico no sólo fortalecerá las escuelas existentes, como derecho y sociedad y derecho y economía, sino que probablemente también dará lugar a nuevas escuelas de pensamiento jurídico.

I. DERECHO Y ECONOMÍA

El comienzo de la escuela de derecho y economía contemporánea a menudo se remonta a un artículo escrito en 1960 por el profesor Ronald Coase de la Universidad de Chicago. [1] Coase comenzó con la observación, ya señalada en el capítulo 8, de que las lesiones se causan conjuntamente. Consideremos el ejemplo de los agricultores cuyos cultivos están ubicados cerca de las vías del tren y son quemados por las chispas de los trenes que pasan. Muchos, intuitivamente, considerarían que el tren fue la causa de la pérdida. Si las vías del ferrocarril ya estaban colocadas antes de que el agricultor decidiera plantar cultivos en ese lugar, algunos podrían considerar la decisión del agricultor de sembrar cerca de las vías como la causa del daño. En realidad, sin embargo, la causa de la lesión es tanto la emisión de chispas por parte del tren como la decisión del agricultor de plantar cultivos en ese lugar.

Aunque el daño sea causado conjuntamente, la ley debe determinar quién soportará la pérdida. La ley puede imponer responsabilidad al ferrocarril o dejar que el agricultor sufra la pérdida. Coase propuso lo que se conoció como el "teorema de Coase". Sostuvo que, si no hubiera costos de transacción involucrados en la negociación, entonces las partes, a través de la negociación, impondrían el costo a la parte que pudiera evitar el daño de manera más económica.

Supongamos que la forma más barata de evitar el daño es que el agricultor simplemente no plante cultivos cerca de las vías del ferrocarril. Si el ferrocarril es responsable de la pérdida, pagará al agricultor para que no plante cultivos porque eso será más barato para el ferrocarril que evitar la emisión de chispas. Si el ferrocarril no es responsable, el agricultor dejará de plantar cultivos cerca de las vías. Por lo tanto, si la forma más barata de evitar el daño es que el agricultor no plante, independientemente de si se responsabiliza al ferrocarril, el resultado final será que el agricultor evitará el daño si no siembra.

Supongamos que la forma más barata de evitar el daño es que el ferrocarril impida la emisión de chispas. Si el ferrocarril es responsable de la pérdida, tomará las medidas necesarias para evitar la emisión de chispas a fin de evitar responsabilidad. Si el ferrocarril no es responsable, entonces el agricultor le pagará para evitar la emisión de chispas, porque eso le costará menos que sufrir la pérdida. Por lo tanto, si la forma más barata de evitar el daño es que el ferrocarril evite las emisiones de chispas, independientemente de si se considera responsable al ferrocarril, el resultado final será que el daño se evitará si el ferrocarril previene la emisión de chispas.

En resumen, el teorema de Coase sostiene que, cuando no existen costos de transacción, el contenido de la norma jurídica no importa para alcanzar el resultado más eficiente. Independientemente de la regla, las partes negociarán para garantizar que el daño sea prevenido por el evitador de costos más barato. Es decir, en ausencia de costos de transacción, las partes negociarán para obtener el resultado más eficiente.

Coase reconoció que los costos de transacción suelen ser significativos, en cuyo caso las partes pueden optar por no negociar. Sugirió que, cuando no se produzcan negociaciones

privadas, la ley debería exigir el resultado que las partes habrían alcanzado mediante negociaciones privadas en ausencia de costos de transacción. Sin embargo, enfatizó que la propia regulación gubernamental impone costos y que a veces el curso de acción más eficiente es no hacer nada para solucionar el problema. Una inferencia ampliamente extraída del argumento de Coase fue que la actividad regulatoria del gobierno debería restringirse.

El teorema de Coase ha sido criticado por varios motivos, además del hecho de que los costos de transacción siempre existen. Una crítica es que la decisión de dónde imponer la responsabilidad tiene potencialmente consecuencias importantes para los participantes en la transacción. Consideremos, por ejemplo, la situación en la que la forma más barata de evitar el daño es que el agricultor no cultive. Si se considera responsable al ferrocarril, le pagará al agricultor por no cultivar. Si el ferrocarril no es responsable, el agricultor no plantará cultivos, pero no recibirá ningún pago del ferrocarril. Bajo cualquiera de las reglas, el agricultor no cultivará. Sin embargo, según una regla recibe compensación, mientras que según la otra no. Por lo tanto, las partes de la transacción pueden preocuparse profundamente por la regla que se adopte.

Esta crítica se vuelve especialmente destacada cuando el daño no involucra derechos de propiedad sino derechos personales. La aplicación del teorema de Coase a la conducta violenta sugiere que, en ausencia de costos de transacción, no importa si la ley prohíbe el asesinato o la violación. Si evitar el delito vale más para la víctima potencial que cometerlo para el autor potencial, el primero simplemente pagará al segundo para que no cometa el delito, y la sociedad se beneficiará de este uso socialmente óptimo de los recursos. Sin embargo, nadie imagina realmente que, en un mundo con costos de transacción bajos o nulos, el Estado debería derogar las leyes que prohíben el asesinato o la violación y permitir que las partes negocien. Por tanto, el teorema de Coase no tiene en cuenta creencias morales profundamente arraigadas.

Otra crítica es que, incluso aparte de los altos costos de transacción, la negociación prevista por Coase puede no ocurrir porque aquellos a quienes se les niega un derecho inicialmente pueden ser demasiado pobres para comprarlo. Alternativamente, aquellos que tienen el derecho pueden simplemente negarse a venderlo (aunque sería eficiente para ellos hacerlo) porque no necesitan el dinero. Estos problemas se conocen como “efectos riqueza”, porque el comportamiento de los participantes en la transacción está influenciado por su riqueza inicial. Por supuesto, en el momento en que se elabora la norma, un tribunal o legislatura no sabe si la persona que debería comprar el derecho podrá permitírselo o si la persona que debería venderlo lo hará. El tribunal o la legislatura no pueden dar por sentado que la gente actuará como predice el modelo.

Una tercera crítica es que el teorema de Coase no tiene en cuenta el "efecto dotación". Varios estudios psicológicos han demostrado que un individuo que tiene algún derecho exigirá más para renunciar a ese derecho de lo que habría pagado para comprarlo.[2] Por lo tanto, los compradores pueden no estar dispuestos a pagar el precio buscado por los vendedores.

En cualquier caso, el teorema de Coase inspiró a otros a comenzar a analizar las consecuencias económicas de diversas normas legales y de derecho consuetudinario. En la década de 1970, la facultad de derecho y economía era una fuerza importante en la educación jurídica. Hoy en día existe una literatura vasta y sofisticada sobre el análisis económico del derecho, y algunos de los conocimientos producidos por esta literatura han sido utilizados por los tribunales. En 1991, Coase ganó el Premio Nobel de Economía por su artículo de 1960 y por un artículo que había escrito en 1937 sobre la naturaleza de la empresa.

Uno de los defensores más influyentes de la teoría del derecho y la economía ha sido Richard Posner, ex profesor de la Universidad de Chicago y ahora juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos. Las opiniones judiciales del juez Posner son un medio importante por el cual la teoría del derecho y la economía ha comenzado a influir en el desarrollo de la doctrina jurídica.

Los primeros practicantes de la teoría del derecho y la economía creían que tenían un enfoque que eliminaba la indeterminación de los juicios políticos. Su premisa era que el sistema jurídico, en lugar de referirse ad hoc a diversas preferencias políticas individuales, debería adoptar en cada caso la norma que condujera al uso más eficiente de los recursos económicos.

Por ejemplo, un defensor de la teoría del derecho y la economía podría oponerse a la existencia de abogados financiados con fondos públicos para los demandantes pobres.[3] Si el caso tiene algún mérito, se argumenta, se encontrará un abogado que lo acepte, aunque sólo sea a cambio de honorarios contingentes. Si el caso no tiene fundamento, entonces no debería iniciarse y, desde luego, no debería iniciarse a expensas de los contribuyentes. En otras palabras, el funcionamiento de un mercado libre guiará a los abogados hacia los casos meritorios. Al nombrar abogados, el Estado desperdicia recursos en casos sin mérito, en contra de la política de maximización de la riqueza.

Los partidarios del derecho y de la teoría económica a veces afirman que la política de eficiencia proporciona la base de principios para la adjudicación que, como resultó, el formalismo no podía ofrecer. Al mismo tiempo, la teoría del derecho y la economía generalmente refleja el mismo sesgo promercado que el formalismo de finales del siglo XIX y la economía liberal clásica.

Además de hacer la afirmación normativa de que el derecho debería promover la eficiencia, los teóricos del derecho y la economía también han hecho una serie de afirmaciones descriptivas. Una de ellas es la afirmación de que el derecho consuetudinario de hecho abraza el valor de la eficiencia y, por lo tanto, se encontraría que las normas jurídicas, si se analizaran sus efectos, promueven resultados eficientes. Por ejemplo, según la conocida fórmula del juez Learned Hand, la ley de negligencia impone responsabilidad a quienes no toman precauciones para prevenir accidentes cuando el costo de la prevención es menor que la responsabilidad potencial, descontada por la probabilidad de que ocurra la pérdida. al tiempo que exonera a quienes no toman precauciones cuando el costo de la prevención es mayor que la pérdida probable. [4] De esta manera, la ley de negligencia impone responsabilidad a un actor sólo cuando ese actor se comporta de manera ineficiente. Otra

afirmación descriptiva es que las personas en realidad se comportan como maximizadores racionales de su bienestar económico individual. Una vez más, el vínculo entre el derecho, la economía y la teoría liberal clásica es claro.

Las críticas a las primeras teorías del derecho y la economía se centraron tanto en su orientación política como en sus supuestos metodológicos. Los críticos progresistas del derecho y la teoría económica no estuvieron de acuerdo en que la maximización de la riqueza debería identificarse como el objetivo principal del derecho. Favorecían un sistema que, en ocasiones, puede buscar otros objetivos, como compensar a las víctimas perjudicadas o proteger a los vulnerables frente a los más poderosos, como en el caso de las leyes para proteger la seguridad del consumidor.

También observaron que la eficiencia, como valor esencialmente utilitario, es destructiva de los derechos individuales. Por ejemplo, una regla de negligencia que exculpa a un actor que se negó a prevenir una lesión porque el costo de la prevención fue mayor que la pérdida potencial puede conservar los recursos de la sociedad en su conjunto, pero deja a la víctima con una lesión no compensada. Es decir, la sociedad prospera, aunque a expensas de aquellos que tienen la desgracia de sufrir daños por los que la regla de negligencia no requiere compensación.

Por ejemplo, en la década de 1970, Ford Motor Company construyó un automóvil llamado Pinto, cuyo tanque de gasolina tendía a explotar en caso de una colisión trasera a más de veinticinco millas por hora, quemando gravemente o matando a los pasajeros. . Finalmente, se descubrió que Ford había sido consciente del problema, pero calculó que el coste de prevenir la explosión sería de 11 dólares por coche. Dada la cantidad de Pintos que Ford esperaba vender, el costo total de la prevención habría sido de más de 100 millones de dólares. Al mismo tiempo, Ford estimó el número de coches que probablemente se verían implicados en colisiones que provocaran una explosión y el número de víctimas de quemaduras. Conociendo la indemnización promedio del jurado en casos que involucran lesiones o muertes similares, Ford concluyó que el costo de compensar a todas las víctimas sería menor que el costo de prevenir las explosiones. En consecuencia, Ford decidió no modificar el Pinto para evitar la explosión. Según una regla de negligencia que adopta el enfoque utilitario del derecho y la economía, Ford no debería ser considerado responsable ante las víctimas de quemaduras porque su conducta fue económicamente eficiente.

Incluso suponiendo que la eficiencia sea el objetivo principal, estos críticos también cuestionaron si el mercado, de hecho, es el medio más eficiente para asignar recursos. La economía de mercado se basa en una serie de supuestos, como la disponibilidad de información, la ausencia de costos de transacción y la ausencia de barreras de entrada, que pueden no ser ciertos en la práctica. Los economistas utilizan el término *falla del mercado* para referirse a situaciones en las que las condiciones supuestas por la teoría del mercado no existen en la práctica. Por ejemplo, volviendo al ejemplo anterior, es posible que un indigente con un reclamo legal meritorio no pueda obtener un abogado a través del mercado libre porque, de hecho, las partes no tienen suficiente acceso a la información necesaria. Es posible que los abogados desconozcan el reclamo y no puedan conocerlo sin incurrir en costos prohibitivos. Es posible que los indigentes no estén familiarizados con

los abogados privados y no estén seguros de cómo encontrar un abogado calificado para representarlos. Por tanto, la deferencia hacia el mercado puede no producir los resultados prometidos por la teoría del mercado.

De hecho, los críticos han acusado que gran parte de los estudios sobre derecho y economía se basan no en investigaciones empíricas sino en deducciones de supuestos no examinados, como la premisa de que los humanos son maximizadores racionales de su propio interés. Esta crítica considera que la escuela de derecho y economía tiene más en común con el formalismo langdeliano que con las ciencias sociales. Al reconocer la fuerza de esta crítica, algunos profesionales del derecho y la economía han comenzado a realizar experimentos empíricos en el campo de la economía del comportamiento, investigando hasta qué punto el comportamiento está influenciado por factores no racionales. Dichos factores pueden incluir los efectos de riqueza y dotación, ya mencionados anteriormente, así como otros sesgos cognitivos, como los que se analizan brevemente en el capítulo 4. A medida que la escuela de derecho y economía ha ido creciendo, su investigación se ha vuelto cada vez más empírica, aunque los modelos matemáticos de comportamiento son cada vez más empíricos. sigue siendo una parte importante de su trabajo. Algunos profesionales del derecho y la economía responden a estas críticas argumentando que ninguna ciencia puede estudiar un fenómeno en su totalidad y que la investigación científica requiere supuestos simplificadores.

Los críticos también han cuestionado el sesgo político conservador de la teoría del derecho y la economía. Un sistema que valora una elección según la cantidad en dólares que un individuo está dispuesto a pagar por esa elección necesariamente da preferencia a aquellos que tienen más dinero y pueden pagar más por la satisfacción de sus caprichos. Y, si uno cree en la utilidad marginal decreciente del dinero, [5] entonces, en una sociedad donde algunos tienen más dinero que otros, los dólares no representan un método de valoración uniforme o constante. Desde este punto de vista, la teoría del derecho y la economía refuerza acríticamente la distribución existente de la riqueza al valorar desproporcionadamente las preferencias de los ricos.

Estas críticas a la teoría del derecho y la economía, en combinación con un crecimiento en el número y, por tanto, en la diversidad de quienes practican esa teoría, han resultado en una moderación de algunas de las afirmaciones hechas por los primeros teóricos. Cada vez más, al menos algunos defensores de la teoría del derecho y la economía ya no ven la eficiencia como el único o el valor central del derecho, sino simplemente como uno de los muchos valores que deben promoverse. El valor de la teoría del derecho y la economía desde este punto de vista es que cuando la eficiencia es el valor preferido, proporciona una base científica para seleccionar el mejor resultado, y cuando se prefieren otros valores, demuestra cómo esos valores pueden promoverse de la manera más eficiente. .

En esta encarnación, la teoría del derecho y la economía pierde parte de su color conservador. Una vez que la eficiencia es privada de su estatus privilegiado entre los valores, la teoría del derecho y la economía parece predominantemente una afirmación de que los jueces deberían utilizar las ciencias sociales, más específicamente la economía, como ayuda para tomar decisiones. Es decir, privada de su pretensión normativa, la teoría

del derecho y la economía parece constituir más que cualquier otra cosa un resurgimiento de la tradición del realismo jurídico, sin una agenda política progresista. Más específicamente, la teoría del derecho y la economía comparte con el realismo jurídico la creencia de que, con la muerte del formalismo, el derecho puede resucitar como ciencia social.

II. ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS

Si bien la teoría del derecho y la economía es la principal heredera de la corriente científica social y constructiva del realismo jurídico, el sucesor moderno de su corriente crítica y el guardián de su llama política progresista fue un movimiento llamado estudios jurídicos críticos (CLS).

El origen de CLS como movimiento generalmente se remonta a una conferencia organizada en 1977 por un pequeño grupo de profesores de derecho, incluidos los profesores de derecho de Harvard Duncan Kennedy, Morton Horwitz y Roberto Unger; los profesores de derecho de Wisconsin David Trubek, Mark Tushnet, Tom Heller y Stewart Macauley; el profesor de derecho de UCLA Richard Abel; y el profesor de derecho de Rutgers, Rand Rosenblatt. La conferencia reunió a varios académicos que, según los organizadores, estaban involucrados en tipos similares de trabajo, incluidos en particular varios académicos involucrados en el movimiento de derecho y sociedad. A mediados de la década de 1980, el movimiento se había convertido en una presencia importante en la educación jurídica estadounidense. Incluso aquellos que no eran defensores de la CLS a menudo se encontraron definiendo su posición en oposición a la de destacados académicos de la CLS.

Sin embargo, a mediados de la década de 1990, CLS como movimiento organizado se había derrumbado, aunque quienes pertenecían al movimiento continuaron escribiendo y enseñando y, por lo tanto, sus ideas continuaron influyendo en el pensamiento jurídico. Una de las razones del colapso del movimiento fue que muchos de los miembros más jóvenes de CLS eran mujeres o personas de color que se rebelaron contra un liderazgo predominantemente blanco y masculino y que, en su opinión, no estaba suficientemente interesado en cuestiones relacionadas con la raza y la cultura. sexo. Aquellos que de otro modo podrían haber formado la próxima generación de académicos de CLS comenzaron a identificar su trabajo como parte de la teoría jurídica feminista o la teoría crítica de la raza, las cuales se analizan a continuación. A medida que partes importantes del movimiento CLS se dividieron en nuevas escuelas, el movimiento CLS se desintegró.

En esencia, CLS combinaba un escepticismo sobre la determinación de la interpretación textual con una orientación política de izquierda. Definido de esta manera, el CLS parece casi indistinguible del realismo jurídico. De hecho, uno se siente tentado a verlo como una continuación de la crítica realista al formalismo por parte de personas que en muchos casos están políticamente más a la izquierda que los realistas del New Deal. Sin embargo, tal visión pasa por alto el hecho de que el movimiento CLS surgió medio siglo después del realismo jurídico y, por lo tanto, muestra en un grado mucho mayor el impacto del posmodernismo en el pensamiento jurídico.

Desde la visión posmoderna, no existen principios fundamentales que permitan derivar otras afirmaciones. Es decir, cierto conocimiento no puede obtenerse ni por deducción a partir de primeros principios intuidos ni por observación empírica. El individuo no es una entidad autónoma y autogeneradora, sino más bien una creación social. Por tanto, no hay conocimiento, sólo creencia, y esa creencia se construye socialmente.

Parte del trabajo del movimiento CLS implica un análisis de las premisas que subyacen a varias normas jurídicas en un esfuerzo por demostrar que las reglas son producto de elecciones entre varios conjuntos de valores inherentemente conflictivos e irreconciliables. Este enfoque, generalmente denominado estructuralismo, a menudo se remonta al trabajo del antropólogo del siglo XX Claude Lévi-Strauss, quien creía que la comprensión humana se basa en "estructuras profundas" de opuestos binarios. Cada miembro de la pareja sólo puede entenderse en referencia al otro.

Un análisis estructuralista del derecho comienza con la premisa de que un tribunal que decide un caso determinado debe elegir entre diferentes resultados, cada uno de los cuales está justificado por uno de los valores opuestos. Dado que el sistema jurídico estadounidense supone la validez de ambos valores opuestos, se puede presentar un argumento coherente a favor de cualquiera de los resultados. Elegir repetidamente el resultado que favoreció a uno de los valores negaría completamente el otro valor, una consecuencia que debe evitarse porque el otro valor tiene una validez asumida. Por lo tanto, cada caso plantea de nuevo la cuestión de qué valor debe preferirse en ese caso.

Los tribunales evitan ambos extremos, eligiendo una política en la mayoría de los casos pero nunca descartando la posibilidad de que la política opuesta prevalezca en el siguiente caso. Los académicos de CLS afirman que una ideología conservadora y orientada al mercado prevalecerá la mayor parte del tiempo debido a las preferencias políticas de la mayoría de los jueces de la sociedad estadounidense. El punto más importante, sin embargo, es que la elección de qué ideología prevalece no está dictada por una regla sino que es una cuestión de las preferencias ideológicas del juez que conoce el caso. En otras palabras, el derecho no es neutral, sino político. Las decisiones judiciales son producto del poder más que de la razón.

El movimiento CLS también intentó describir cómo los jueces escriben sus opiniones de una manera que oscurece la naturaleza política de la adjudicación e intenta justificar su decisión como consistente con, o incluso obligada por, el lenguaje de una regla, principios de justicia ampliamente compartidos o política sólida. Los académicos de CLS ven la doctrina jurídica como una elaborada fachada de legitimidad e inevitabilidad que enmascara la naturaleza política y contingente de las decisiones judiciales. Muchos académicos de CLS son especialmente críticos con el liberalismo, que creen que legitima el status quo mediante su adopción retórica de ideas de libertad e igualdad, pero que no ha logrado generar una sociedad suficientemente igualitaria. Es decir, el liberalismo ofreció reformas suficientes para desactivar los llamados a una reforma más radical, pero sin amenazar de manera significativa la distribución existente de riqueza y poder. Éste es otro aspecto en el que el CLS se diferenciaba del realismo jurídico. Los realistas jurídicos en general eran liberales.

El análisis de textos jurídicos por parte de CLS se basa en ocasiones en una técnica asociada con el crítico literario francés Jacques Derrida, conocida como deconstrucción. Tal como la practican los académicos de CLS, la deconstrucción de una regla jurídica consiste en identificar las políticas en conflicto que justifican la regla y luego demostrar que esas políticas son igualmente consistentes con una variedad de otras reglas, incluidas quizás

aquellas que son antitéticas a la regla original que se está deconstruyendo. .[6] Por tanto, la técnica se basa en una fuerte visión de la indeterminación jurídica.

El movimiento CLS también se define por su orientación política de izquierda. Como se analiza en el capítulo 11, el efecto de demostrar que los tribunales adoptan reglas basadas en preferencias políticas es socavar la legitimidad del proceso judicial en una democracia. El movimiento CLS atacó la legitimidad del pensamiento jurídico dominante actual con el fin de allanar el camino para el cambio hacia una sociedad más igualitaria o comunitaria. Sin embargo, los seguidores de la CLS no compartían un programa político detallado. En su mayor parte, los estudios de CLS no se preocupaban mucho por reformas prácticas y específicas en el ámbito del derecho o la política.

Al igual que el movimiento realista jurídico, el movimiento CLS tuvo mucho más éxito en criticar el pensamiento jurídico dominante que en proponer una teoría coherente que ocupara su lugar. Y, de hecho, los estudiosos de CLS más influenciados por el pensamiento posmoderno, a veces denominados colectivamente como la corriente irracionalista de CLS, creen que la construcción de una teoría coherente es imposible. Desde este punto de vista, cualquier teoría que uno pueda proponer está sujeta a una crítica deconstructiva.

Es esta ausencia de un programa metodológico o político afirmativo lo que dio lugar a quizás la crítica más poderosa al movimiento CLS. Sus miembros fueron a veces denunciados como nihilistas porque continuaron con sus esfuerzos por deslegitimar el sistema legal estadounidense sin tener una alternativa claramente definida.

De hecho, los opositores sostuvieron que el movimiento CLS resultó ser demasiado poco y demasiado. Por un lado, afirmaban los opositores de la CLS, el movimiento CLS exageró enormemente la indeterminación de la ley. Estos oponentes sostuvieron que, en la experiencia común, los tribunales están controlados por precedentes mucho más a menudo de lo que el movimiento CLS estaba dispuesto a admitir, que la adjudicación legítima nunca ha requerido una certeza absoluta del resultado, y que el movimiento podría considerarse como mucho ruido y pocas nueces. pequeño. Por otro lado, argumentaban los oponentes de CLS, la fulminante crítica deconstructiva del movimiento CLS socavó su propio programa político al no dejar ninguna base sobre la cual preferir los valores igualitarios o comunitarios de CLS sobre cualquier otro conjunto de valores. De hecho, algunos abogados de derechos civiles que buscaban poner fin a la discriminación racial, que compartían muchos de los objetivos políticos del movimiento CLS, estaban preocupados de que la crítica de CLS a los derechos legales como indeterminados socavaría sus esfuerzos por utilizar la ley para lograr la igualdad racial.

El realismo jurídico estuvo sujeto a críticas similares: argumentos de que, por un lado, su tesis de indeterminación estaba exagerada y que, por el otro, era en última instancia nihilista. Las críticas persistieron y en la década de 1940 finalmente ayudaron a destruir el realismo jurídico como movimiento.

Sin embargo, tales críticas no impidieron que el realismo jurídico tuviera un enorme impacto en el derecho estadounidense, aunque gran parte de ese impacto sólo se sintió después de que el New Deal, ideológicamente compatible, obtuvo éxito en las urnas. Y, desde la muerte del movimiento, muchas de sus ideas han sobrevivido como elementos del

pensamiento jurídico dominante, mientras que gran parte de su metodología ha sido resucitada por los defensores del derecho y la economía o los estudios jurídicos críticos.
El movimiento CLS todavía tiene que reivindicar el éxito del que gozaron los realistas jurídicos. Si bien el realismo jurídico surgió en un momento en que el clima político nacional se estaba volviendo más liberal, con el resultado de que la administración de Roosevelt nombró a algunas importantes figuras realistas jurídicas para cargos políticos, CLS surgió justo cuando la nación estaba entrando en un período de dominio conservador. prácticamente eliminando la posibilidad de que los seguidores de la CLS fueran designados para cargos políticos importantes y de que las ideas izquierdistas de la CLS fueran adoptadas como política. Aunque el movimiento CLS ha producido un cuerpo de estudios jurídicos creativo y estimulante, su impacto en la práctica jurídica es difícil de discernir. Sin embargo, muchas ideas de CLS continúan influyendo en el trabajo de quienes defienden la teoría jurídica feminista o la teoría racial crítica y, por lo tanto, la oportunidad de CLS de influir en la práctica jurídica apenas ha llegado a su fin. El pensamiento jurídico dominante contemporáneo es muy ecléctico y se puede anticipar que con el tiempo algunas ideas de CLS serán absorbidas por el pensamiento dominante sobre el derecho.

III. MOVIMIENTOS BASADOS EN LA IDENTIDAD

A. Teoría jurídica feminista

La teoría jurídica feminista se basa en la afirmación de que el sistema jurídico estadounidense se caracteriza por la dominación masculina sobre las mujeres. Las teóricas jurídicas feministas buscan primero comprender las formas en que la ley subordina a las mujeres y luego iniciar reformas que pongan fin a esa subordinación.

El movimiento feminista de teoría jurídica tiene sus orígenes a finales de los años 1960 y principios de los 1970, cuando los abogados, inspirados por la búsqueda de igualdad racial del movimiento de derechos civiles, comenzaron a desafiar la discriminación sexual, particularmente con respecto al empleo. Uno de los primeros objetivos del movimiento feminista fue la promulgación de una Enmienda de Igualdad de Derechos a la Constitución de los Estados Unidos, que habría prohibido la discriminación gubernamental por motivos de sexo. La enmienda finalmente no logró obtener un número suficiente de ratificaciones estatales para convertirse en ley, pero una serie de decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de la década de 1970 sostuvieron que la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda prohíbe la discriminación sexual a menos que esté sustancialmente relacionada con un gobierno importante. interés. [7] El interés gubernamental que justifica la ley no puede incluir la perpetuación de roles o estereotipos de género tradicionales. Esta es la misma cláusula de la Constitución que prohíbe la discriminación racial, aunque la Corte Suprema ha tratado la prohibición de la discriminación racial como más fuerte que la de la discriminación sexual. Estas decisiones de la Corte Suprema, en cualquier caso, eliminaron gran parte de la necesidad percibida de la Enmienda de Igualdad de Derechos.

Las primeras abogadas feministas argumentaron que no existía ninguna justificación para tratar a las mujeres de manera diferente que a los hombres, al menos en las circunstancias de los casos en los que cuestionaban prácticas discriminatorias específicas. Al hacerlo, necesariamente enfatizaron las similitudes entre hombres y mujeres. En esta etapa de su historia, el movimiento feminista hizo mucho para eliminar la discriminación sexual ante la ley, pero tuvo poco que decir sobre el razonamiento legal que fuera distintivo.

En la década de 1980 surgió una nueva escuela de teoría jurídica feminista que enfatizaba no las similitudes entre hombres y mujeres sino sus diferencias. Estas feministas de la "diferencia" argumentaron que exigir a las mujeres que se ajustaran a una norma masculina constituía discriminación sexual o, más generalmente, una forma de dominación masculina sobre las mujeres. Algunas voces destacadas en esta nueva escuela de feministas eran mujeres que habían formado parte del movimiento CLS y, durante un tiempo, fueron denominadas "femeninas críticas".

Un caso clásico que ilustró los problemas de exigir simplemente que las mujeres sean tratadas como hombres fue *Geduldig v. Aiello* . [8] En ese caso, la Corte Suprema sostuvo que brindar cobertura de seguro para prácticamente todas las afecciones médicas excepto el embarazo no constituía discriminación sexual. El tribunal señaló que las mujeres estaban cubiertas por las mismas condiciones médicas que los hombres y, por lo tanto, recibían el

mismo trato que los hombres. Por lo tanto, a pesar de que el plan de seguro excluía una condición que solo experimentaban las mujeres, el tribunal no encontró discriminación sexual.

El argumento de que las mujeres son diferentes de los hombres pronto trascendió las obvias diferencias físicas relacionadas con la reproducción humana. Las feministas de la escuela de la diferencia afirmaron que las mujeres tienen valores diferentes a los de los hombres y formas diferentes de abordar las disputas. Profundamente influyente en la escuela de la diferencia fue un libro publicado en 1982 por Carol Gilligan, titulado *In a Different Voice.* Gilligan había realizado experimentos en los que se pedía a niños y niñas que consideraran diversos dilemas morales. De sus respuestas, dedujo que los hombres están orientados a los derechos y tratan de resolver una disputa determinando qué parte tiene el derecho superior y, por lo tanto, debería ganar. Sostuvo que las mujeres, por el contrario, están orientadas a las relaciones y tratan de resolver una disputa reuniendo a las partes en una resolución mutuamente satisfactoria de su disputa.

Suponiendo que hombres y mujeres en realidad abordan las disputas de manera diferente, surgió la pregunta de la razón de estas diferencias. Las feministas no estuvieron totalmente de acuerdo sobre la respuesta a esa pregunta. Algunas feministas argumentaron que las mujeres en su papel de madres, o madres potenciales, están llamadas a cuidar y vincularse con sus hijos y, por lo tanto, muestran una ética de cuidado y una preocupación por las relaciones en todos sus tratos con los demás. Algunos basaron la ética femenina en las experiencias biológicas de las mujeres, observando que la penetración heterosexual, el embarazo y la lactancia materna son experiencias que conectan a las mujeres con otras. Estas feministas a veces fueron descritas como feministas culturales, porque consideraban que la diferencia entre hombres y mujeres se basaba en sus diferentes roles culturales. Las feministas culturales a veces fueron criticadas por otras feministas, quienes advirtieron que los esfuerzos de la escuela de la diferencia para crear una identidad femenina distintiva corrían el riesgo de reforzar viejos estereotipos de género utilizados para subordinar a las mujeres en el pasado. Estos críticos temían que llamar la atención sobre las formas en que las mujeres son diferentes de los hombres justificaría un trato diferente hacia las mujeres que las perjudicaría.

Otras feministas, a veces descritas como feministas de la dominación, de las cuales la más influyente ha sido la profesora de derecho Catharine A. MacKinnon de la Universidad de Michigan, argumentaron que la ley debe entenderse como un instrumento de dominación masculina sobre las mujeres. Por tanto, las mujeres son diferentes porque una sociedad dominada por los hombres las ha socializado para que sean diferentes. Por ejemplo, las mujeres son más solidarias porque los hombres quieren que las mujeres las cuiden y, por tanto, han definido el papel de la mujer como el de cuidadora. Las feministas de la dominancia argumentaron que muchos conceptos legales que parecen neutrales en realidad están sesgados a favor del grupo dominante, particularmente los hombres. Por ejemplo, el estándar de "persona razonable" utilizado en el derecho de daños definiría el comportamiento razonable como comportamiento masculino. El concepto de consentimiento tal como se utiliza en la legislación sobre violación reflejaría ideas

masculinas sobre cómo se expresa el consentimiento. Las feministas dominantes, sin embargo, fueron cuestionadas por otras feministas que creían que la representación de las mujeres como víctimas era exagerada y corrían el riesgo de resucitar viejos estereotipos de las mujeres como el sexo débil que necesitaba protección legal especial. Por ejemplo, en la década de 1980, la profesora MacKinnon se involucró en una controvertida campaña contra la pornografía, que, según ella, erotizaba la dominación masculina sobre las mujeres y las describía como nada más que objetos de deseo sexual. Algunas feministas no estuvieron de acuerdo, argumentando que la legislación antipornografía propuesta por el profesor MacKinnon restringiría las opciones disponibles para las mujeres y negaría la legitimidad de algunas formas de expresión sexual femenina, que las mujeres podrían encontrar más liberadoras que degradantes. Aunque el feminismo dominante ha sido controvertido, jugó un papel importante en el establecimiento del principio de que el acoso sexual es una forma de discriminación sexual.

Las feministas de la diferencia estaban lanzando una crítica radical al razonamiento jurídico. Alegan que el razonamiento jurídico dominante contemporáneo es un modelo de razonamiento masculino que debería ser modificado, complementado o desplazado por un modelo femenino. Sin embargo, las feministas pueden diferir sobre la naturaleza de un modelo femenino. Una concepción sostiene que, en el modelo femenino de razonamiento jurídico, las reglas generales no regirían los casos. Más bien, los jueces decidirían los casos teniendo en cuenta todo el contexto de la disputa, con el propósito no de decidir los derechos de las partes, sino de lograr una solución que sanara su relación.

Las feministas de la diferencia básicamente pusieron patas arriba el enfoque de las primeras feministas que buscaban poner fin a la discriminación sexual exigiendo igualdad de trato. Las feministas de la diferencia sostuvieron que tratar como formalmente iguales a quienes en realidad son desiguales es en realidad perpetuar la desigualdad. Sostuvieron que no se podía poner fin a la dominación masculina simplemente poniendo fin al trato diferente a las mujeres. La cuestión no debería ser si una ley trata de manera diferente a las mujeres, sino si perpetúa la dominación masculina.

Como parte de su ataque a las reglas formales, las feministas a veces recurrieron a narrativas para demostrar hasta qué punto las reglas formales no tomaban en cuenta la realidad de aquellos a quienes se aplicaban y, por lo tanto, no lograban su propósito. Por ejemplo, supongamos que una norma destinada a promover la igualdad en el lugar de trabajo prohíbe el trato discriminatorio por motivos de sexo. En un caso en el que en una oficina abundan los chistes sobre sexo, la aplicación formal de la regla puede sugerir que no existe discriminación sexual porque tanto a hombres como a mujeres se les permite bromear sobre sexo en la misma medida. Las narrativas en las que las mujeres relatan las formas en que son humilladas o intimidadas por chistes sobre sus cuerpos y capacidades pueden servir para ilustrar cómo prácticas que pueden parecer formalmente neutrales (todos pueden bromear sobre el sexo) en realidad perjudican a las mujeres (sólo las mujeres son retratadas como incompetentes). adornos de oficina por los chistes). Por lo tanto, para aplicar la regla contra la discriminación de una manera que promueva su propósito, la regla debe tomar en cuenta más hechos que simplemente si un empleador

tiene políticas que favorecen a un sexo sobre otro y debe examinar si las políticas de oficina aparentemente neutrales tienen el efecto de favorecer a un sexo. un sexo sobre otro. Las narrativas pretenden exponer a los actores del sistema legal a experiencias distintas a las suyas y, por lo tanto, cuestionar modos de pensamiento familiares. Este tipo de narrativas se han incorporado en los escritos presentados en casos pendientes ante la Corte Suprema, en particular casos de derechos reproductivos donde las mujeres cuentan historias de sus experiencias con respecto al aborto.

En la década de 1990 apareció una tercera escuela de teoría jurídica feminista. Esta escuela argumentó que las feministas de la diferencia, al caracterizar las formas en que las mujeres son diferentes de los hombres, las retrataban de maneras que no eran fieles a las experiencias de muchas mujeres. Sostuvieron que la mujer típica, según las feministas de la diferencia, parecía ser una mujer estadounidense blanca, heterosexual y de clase media. Por ejemplo, no se tuvieron en cuenta las diferentes perspectivas de las mujeres negras o lesbianas. Al adoptar la postura antiesencialista del posmodernismo, estas feministas argumentaron que ninguna perspectiva captura la experiencia de todas las mujeres. Es decir, el género es una construcción social. Diferentes sociedades construyen el género de manera diferente, pero ninguna construcción representa por sí sola la "verdadera" naturaleza del género. El género no tiene una naturaleza "verdadera". Más bien, se adoptan construcciones particulares porque promueven los intereses de los grupos dominantes en la sociedad.

En la década de 2000, el deseo de ampliar la teoría jurídica feminista para abarcar la experiencia de todas las mujeres ha llamado la atención del movimiento hacia los problemas de las mujeres en los países en desarrollo. En los últimos años, las teóricas jurídicas feministas han escrito extensamente sobre el derecho internacional de los derechos humanos en su relación con el logro de la igualdad para las mujeres.

B. Teoría crítica de la raza

La teoría crítica de la raza surgió a finales de la década de 1980 como un movimiento distinto cuando algunos miembros del movimiento de estudios jurídicos críticos llegaron a creer que el movimiento, dominado por hombres blancos, no estaba suficientemente interesado en las cuestiones raciales. La teoría racial crítica afirma que la ley estadounidense está estructurada para mantener el privilegio de los blancos. Los teóricos críticos de la raza buscan exponer las estructuras mediante las cuales se mantienen los privilegios blancos y desmantelar esas estructuras.

Los teóricos críticos de la raza no alegan que todos los casos de subordinación racial sean el resultado de actos realizados deliberadamente con el fin de mantener el privilegio de los blancos. Más bien, argumentan que los blancos son privilegiados y que el sistema legal funciona para reforzar el status quo y así preservar el privilegio de los blancos. El profesor de derecho de Harvard, Derrick Bell, una de las figuras más importantes de la teoría crítica de la raza, ha sostenido que la ley promueve los intereses de los afroamericanos sólo cuando hacerlo es del interés de la mayoría blanca. Por ejemplo, señala que el Departamento de Justicia, al apoyar decisiones de la Corte Suprema en los años cincuenta que eliminaron la segregación en las escuelas públicas, argumentó que la continua segregación proporcionó un beneficio propagandístico a la Unión Soviética en la guerra fría y, por lo tanto, era de interés nacional poner fin a la segregación.

Una forma en que incluso las reglas que parecen requerir igualdad pueden usarse de hecho para preservar el privilegio de los blancos es aprovechando la indeterminación de las reglas. Así, un requisito como el de "igual protección de las leyes", incorporado a la Decimocuarta Enmienda después de la Guerra Civil para poner fin a la discriminación racial contra los esclavos recientemente liberados, es susceptible de más de una interpretación. Por ejemplo, en su decisión de 1896 en *Plessy v. Ferguson* ,[9] la Corte Suprema sostuvo que la cláusula permitía a Luisiana obligar a blancos y negros a viajar en vagones de ferrocarril separados. El Tribunal razonó que cada carrera debía realizarse en un automóvil diferente y, por lo tanto, las carreras fueron tratadas por igual. Es decir, se interpretó que el requisito de igualdad de trato permitía un trato "separado, pero igual". Sólo a mediados del siglo XX la Corte abandonó esa interpretación de igual protección.

Otra forma en que el sistema legal preserva el privilegio de los blancos es declarando hechos con altos niveles de generalidad. Por ejemplo, el concepto de igualdad suele definirse en un nivel muy alto de abstracción. Siempre que la ley no exija un trato adverso a una raza en relación con otra, se considera que los miembros de cada raza reciben el mismo trato. Los miembros de una raza en realidad pueden estar en una posición subordinada como resultado de una discriminación pasada, pero definir la igualdad como la ausencia actual de discriminación legalmente obligada hace que esas circunstancias específicas sean legalmente irrelevantes. Por lo tanto, si una universidad pública exige que todos los solicitantes tomen un examen de admisión y basa sus decisiones de admisión en sus puntajes, trata a todos los solicitantes con igualdad formal. Si algunos solicitantes han

recibido una educación inferior como resultado de discriminación racial en el pasado y están en desventaja en el examen, entonces el examen de admisión no resulta en realidad en una verdadera igualdad de trato. Más bien, la exigencia de un examen refuerza la posición subordinada de la raza desfavorecida.

Los teóricos críticos de la raza adoptaron la técnica de contar historias que habían utilizado las feministas. Se incluyeron narrativas, por ejemplo, en escritos relacionados con crímenes de odio. Tales historias pretenden documentar casos continuos de subordinación racial, demostrar que el privilegio de los blancos no es un problema sólo del pasado, brindar a los miembros de la corte, que son abrumadoramente blancos, una perspectiva diferente, e ilustrar cómo reglas aparentemente neutrales operar en la práctica.

Los teóricos críticos de la raza han adoptado en ocasiones la misma postura antiesencialista que la teoría jurídica feminista y han argumentado que la raza es una construcción social. El argumento se basa en parte en investigaciones de ADN que han revelado que no existe una base genética para las clasificaciones raciales. Por ejemplo, una persona generalmente considerada blanca puede estar genéticamente más cerca de una persona considerada negra que de otra persona considerada blanca. La tesis de que la raza es una construcción social implica su arbitrariedad como base para establecer jerarquías y, por lo tanto, deslegitima las jerarquías basadas en la raza. Además, algunos teóricos críticos de la raza han argumentado que la subordinación racial sólo terminará cuando se desmantelen los conceptos de raza. Es decir, mientras las personas estén categorizadas por raza, se les asignarán posiciones superiores y subordinadas en función de la raza.

Al mismo tiempo, sin embargo, algunos teóricos críticos de la raza se han mostrado reacios a abrazar el antiesencialismo. El movimiento de derechos civiles logró enormes avances al argumentar que la discriminación racial violaba el requisito constitucional de igual protección de las leyes. Si las normas jurídicas, como sostienen los antiesencialistas, son conceptos vacíos que contienen sólo lo que los individuos proyectan subjetivamente en esos conceptos, entonces el movimiento de derechos civiles, temían, perdería un arma potente para la igualdad racial. La reivindicación del derecho a la igualdad ante la ley generó una norma a la que aspiraba la sociedad, incluso cuando la norma no se materializaba en la práctica, y proporcionó una fuente de inspiración para quienes luchaban contra la subordinación. Sin embargo, respondieron muchos teóricos críticos de la raza, la reivindicación de igualdad ante la ley se ha convertido con el tiempo en un instrumento no de igualdad racial sino de privilegio blanco. Precisamente debido al éxito del movimiento por los derechos civiles, las formas legales de discriminación han sido desmanteladas y las jerarquías raciales ahora se mantienen por otros medios. El enfoque en la igualdad legal oscurece la existencia continua de subordinación racial y niega que sea necesario algo más para lograr una sociedad justa. Además, la norma de igualdad jurídica se ha utilizado para invalidar los esfuerzos por remediar los efectos de la discriminación pasada, como los programas de acción afirmativa. Es decir, los derechos liberales, en opinión de muchos teóricos críticos de la raza, se han vuelto contraproducentes.

La teoría crítica de la raza ha chocado con la teoría liberal de los derechos en otros contextos. Por ejemplo, muchos teóricos críticos de la raza han apoyado leyes para prohibir

el discurso de odio, argumentando que el efecto del discurso de odio en las víctimas es en algunos casos más severo que los efectos de una agresión física. No sólo inflige una herida en el momento en que se pronuncia, sino que también perpetúa la jerarquía racial predominante al recordarle a la víctima su subordinación social y reafirmar el privilegio blanco. En cierto modo, la crítica que los teóricos críticos de la raza hacen al discurso de odio es paralela al ataque de las teóricas jurídicas feministas a la pornografía. Ambos buscan restringir el discurso utilizado como instrumento de subordinación. Además, ambos argumentan que debido a que los conceptos jurídicos se definen desde la perspectiva del grupo dominante, el sistema legal no tiene suficientemente en cuenta el impacto del discurso en la víctima.

C. Otros movimientos basados en la identidad

Otros movimientos identitarios aparecieron en los años 1990. De la misma manera que la escuela posmoderna surgió en la teoría jurídica feminista, algunos dentro del movimiento de la teoría crítica de la raza señalaron que los afroamericanos no son el único grupo desfavorecido por el privilegio de los blancos. Los latinos y las latinas, así como los asiático-americanos, argumentaron que ellos también estaban sujetos a diversas formas de subordinación racial o étnica. Sus esfuerzos por ampliar la teoría crítica de la raza para abordar las experiencias de minorías raciales o étnicas distintas de los afroamericanos han dado lugar a movimientos conocidos como teoría LatCrit y jurisprudencia asiático-americana. Estos movimientos han centrado nueva atención, por ejemplo, en la política de inmigración.

De manera similar, los académicos gays y lesbianas han creado un movimiento, conocido como teoría queer, que examina las formas en que la ley mantiene el privilegio heterosexual. Este movimiento busca comprender el papel de la orientación sexual en la ley de la misma manera que las teóricas jurídicas feministas examinan el sexo y los teóricos críticos de la raza examinan la raza.

Algunos de estos movimientos basados en la identidad tienen membresías superpuestas. Una mujer afroamericana, por ejemplo, puede estar involucrada tanto en la teoría jurídica feminista como en la teoría racial crítica. De hecho, son suficientes los académicos que caen en esta categoría como para que haya surgido un movimiento conocido como feminismo racial crítico.

Algunos estudiosos han señalado que categorías como raza y sexo tienen el efecto de negar la experiencia particular de ciertos segmentos de la sociedad. Por ejemplo, una lesbiana afroamericana que cree que ha sido perjudicada por una conducta discriminatoria, para poder presentar un reclamo conforme a la ley de derechos civiles, debe especificar si la discriminación se basa en raza, sexo u orientación sexual, porque la ley prohíbe eso. formas de discriminación, pero no otras. De hecho, sin embargo, puede creer que su condición de lesbiana afroamericana la perjudica y que la desventaja que sufre puede ser diferente de la de, digamos, los hombres afroamericanos heterosexuales o las lesbianas blancas. Una mujer afroamericana que es violada puede ver el crimen no sólo como un reflejo de su condición de mujer, sino más particularmente de su condición de mujer negra. Atribuir estas formas de discriminación a un solo aspecto de la identidad de la víctima distorsiona la naturaleza de la discriminación. Estas observaciones han llevado al concepto de interseccionalidad, la idea de que la intersección de varios estatus subordinados puede dar lugar a una forma de subordinación diferente de la asociada con cualquier estatus por sí solo.

Todos los movimientos identitarios, incluida la teoría jurídica feminista y la teoría racial crítica, comparten supuestos similares. Todos ellos están comprometidos a examinar críticamente y poner fin a diversas formas de jerarquía y dominación en la sociedad. Todos ellos comparten una metafísica nominalista, a la que llaman “antiesencialismo”, en la que

ven la raza, el sexo y la orientación sexual como categorías socialmente construidas y utilizadas para preservar los patrones de poder existentes. Todos ellos consideran que las reglas generales son indeterminadas, de modo que las reglas adoptadas para poner fin a la subordinación pueden usarse para perpetuarla. También tienen en común el uso de narrativas que desafían las interpretaciones dominantes sobre el impacto del derecho en la sociedad e introducen la perspectiva de los subalternos. Teniendo en cuenta estos supuestos y técnicas argumentativas comunes y dado el problema de la interseccionalidad, algunos creen que todos los movimientos basados en la identidad en algún momento pueden fusionarse como un solo movimiento de outsiders.

IV. LIBERALISMO

Cada una de las escuelas de pensamiento jurídico descritas anteriormente corroe la teoría liberal sobre la que se fundó originalmente el sistema jurídico estadounidense. El liberalismo buscó proteger la libertad a través de la razón. Era individualista y racionalista. [10] El derecho y la economía, por el contrario, son una teoría utilitaria que, en el caso de algunos de sus defensores, parecía dispuesta a ignorar los derechos individuales en nombre de la eficiencia económica. Los estudios jurídicos críticos y las diversas escuelas basadas en la identidad que surgieron de CLS eran más comunitarias que individualistas en su política y, en general, consideraban el derecho más como político que como racional.

Desde la década de 1970, varios juristas han tratado de rescatar al liberalismo de sus críticos contemporáneos. Estos teóricos generalmente rechazan la ética utilitarista en favor de principios basados en la preservación de los derechos individuales y toman en serio la posibilidad de que la razón pueda separar el derecho de la política.

Entre los más influyentes de estos teóricos liberales se encuentra el profesor John Rawls de Harvard. En su libro de 1971, *Una teoría de la justicia* , Rawls intentó discernir los principios básicos de la justicia imaginando una situación hipotética en la que se pedía a los miembros de la sociedad que eligieran los principios que deberían regir la sociedad sin conocer la naturaleza de sus propias capacidades o ventajas en esa sociedad. Rawls argumentó que el resultado sería una ética ampliamente igualitaria que intentaría neutralizar todas las ventajas naturales con las que nacen las personas y crear el máximo de oportunidades para todos.

En muchos aspectos, la teoría de Rawls recuerda a las teorías del contrato social desarrolladas durante la Ilustración por escritores como John Locke. Así como Locke imaginó al hombre presocial en un estado de naturaleza creando un gobierno que protegería la propiedad de una persona contra las incursiones de otros, Rawls imaginó a personas en una “posición original” envuelta por un “velo de ignorancia” sobre su propia situación ideando un gobierno igualitario. conjunto de principios para proteger sus oportunidades de avance.

El teórico liberal que ha escrito más extensamente en los últimos años sobre el problema del razonamiento jurídico es el profesor Ronald Dworkin de la Universidad de Nueva York y la Universidad de Oxford. Gran parte del trabajo de Dworkin aborda explícitamente el problema del razonamiento jurídico. En su libro de 1986, *Law's Empire* , Dworkin desarrolló un concepto de derecho que representa el valor de la integridad. Dworkin imaginó un juez hipotético, al que llamó Hércules, que puede encontrar la única respuesta correcta en una disputa mediante un proceso que implica, primero, encontrar aquellos resultados que puedan conciliarse con el cuerpo de derecho existente tomado en su conjunto y luego, segundo , eligiendo entre esos resultados aquel que coloca al derecho en la mejor luz como cuestión de moralidad política. Hércules se diferencia de un formalista en que su método no es la deducción a partir de reglas, sino una interpretación elaborada de la doctrina jurídica existente que incluye tanto reglas como principios subyacentes. Hércules

se diferencia de un instrumentalista, sin embargo, en que no busca alcanzar el resultado que promueva alguna política deseable, sino alcanzar el resultado que sea consistente de la mejor manera posible con la ley existente.

Dworkin ha explicado su tesis a través de la metáfora de lo que él llama novela en cadena. Esta es una novela que se escribe a través de un proceso en el que cada uno de una serie de autores escribe un capítulo. A medida que cada autor escribe su capítulo, agrega algo nuevo a la historia, pero intenta permanecer lo más fiel posible a la historia tal como se desarrolló en capítulos anteriores. De la misma manera, un juez que aborda un tema novedoso (sin juego de palabras) debe elaborar una nueva ley, pero trata de hacerlo de manera que concilie la nueva ley de la mejor manera posible con todo el corpus de la ley existente.

El trabajo de Dworkin ha provocado un rico debate en la academia jurídica. Su argumento es epistemológica y éticamente provocativo. Es epistemológicamente provocativo porque busca restaurar el sentido de que la ley puede ser conocida, que la razón es distinta del poder y que el conocimiento puede distinguirse de la política. Es éticamente provocativo porque reclama un lugar para la dignidad y el valor del individuo en una cultura jurídica que se ha vuelto predominantemente utilitaria.

Tanto en su epistemología como en su ética, la obra de Dworkin va en contra de la corriente del pensamiento posmoderno. Cuando Dworkin sostiene que las disputas pueden tener una respuesta correcta, rechaza la creencia posmoderna de que todo conocimiento es una cuestión de perspectiva. Y, al colocar al individuo en el centro del derecho, Dworkin rechaza la tendencia posmoderna de tratar al grupo como anterior a los individuos y constitutivo de ellos.

Aunque a menudo se describe a Dworkin como el jurisprudente vivo más grande de Estados Unidos, los críticos plantean una serie de objeciones a su tesis. Algunos consideran que su deseo de reconciliar cada nuevo caso con la ley existente es un enfoque intrínsecamente conservador que deslegitima los esfuerzos por reformar la ley. Otros cuestionan si el método de adjudicación que describe explica de manera plausible cómo los jueces deciden o podrían decidir los casos. Señalan que el propio Dworkin parece reconocer que su teoría postula una forma ideal de adjudicación que requiere habilidad y esfuerzo hercúleos.

V. PRAGMATISMO

El pragmatismo comenzó con la filosofía de Charles Sanders Pierce, William James y John Dewey a finales del siglo XIX. El pragmatismo y la teoría del razonamiento jurídico se encontraron muy temprano en la persona de Oliver Wendell Holmes Jr., que era miembro del Metaphysical Club, un grupo de intelectuales, entre ellos James, que se reunían periódicamente en Boston a finales del siglo XIX para discutir filosofía. Holmes parece haber influido en James, y los pragmáticos jurídicos contemporáneos a menudo afirman que Holmes es su antepasado intelectual. El pragmatismo cayó en un letargo con el fallecimiento de James y Dewey, pero fue revivido en la década de 1980 por el trabajo del filósofo Richard Rorty, a veces bajo la rúbrica de neopragmatismo.

El pragmatismo, tal como se entiende a principios del siglo XXI, se basa en dos temas centrales: el antifundacionalismo y el instrumentalismo. El antifundacionalismo, que el pragmatismo comparte con los estudios jurídicos críticos, es simplemente la creencia posmoderna de que no existen verdades a priori. Todo conocimiento es en realidad una creencia construida socialmente, aunque los miembros de la sociedad puedan experimentar la creencia como verdadera y actuar en consecuencia. Y, como las sociedades difieren, el conocimiento depende de la perspectiva.

Sin embargo, el pragmatismo difiere marcadamente del CLS en las consecuencias que extrae del antifundacionalismo para el pensamiento jurídico. Mientras que los partidarios de la CLS adoptan la posición de que el posmodernismo ha destruido los últimos vestigios de una base objetiva para el derecho y, por tanto, ha revelado la absoluta subjetividad de las decisiones judiciales, los pragmáticos consideran que la dicotomía entre la toma de decisiones objetiva y subjetiva (como se entienden tradicionalmente esos términos) representa una elección falsa. Es decir, los pragmáticos buscan una alternativa a la visión de que el derecho debe ser objetivamente verdadero o completamente subjetivo.

Una corriente de pragmatismo ha encontrado esta alternativa en el concepto de comunidad interpretativa, que se basa en la filosofía de Ludwig Wittgenstein. Wittgenstein argumentó que no existe ninguna realidad aparte de nuestras observaciones. Así, las palabras no corresponden a las esencias platónicas; no tienen significados centrales. Sin embargo, les da significado la comunidad de personas que los interpreta. Una palabra no es completamente indeterminada porque los supuestos compartidos de la comunidad interpretativa sobre el significado de la palabra limitan el rango de ideas que la palabra puede comunicar. Por tanto, el significado de los textos legales, como las leyes o las decisiones judiciales, está limitado por la sociedad que los interpreta. Aunque los textos jurídicos pueden no tener un significado objetivo en el sentido de que representan una esencia platónica o alguna idea que tenga existencia ontológica, su significado tampoco debe determinarse subjetivamente. La capacidad de una comunidad interpretativa para dar significado colectivamente a un texto socava la afirmación de que el razonamiento jurídico es subjetivo. Se puede decir que el texto tiene un significado "objetivo" en el sentido de que el significado se construye socialmente y no individualmente; es decir, el significado no es

subjetivo, sino intersubjetivo. Este significado, sin embargo, es culturalmente relativo. Una sociedad diferente podría interpretar el texto de manera diferente.

En otras palabras, el movimiento pragmatista en el derecho intenta encontrar alguna base para restringir la toma de decisiones judiciales en un mundo posmoderno. Abandona la búsqueda de la Ilustración por una certeza objetiva como un comienzo en falso y una tarea imposible y, por tanto, no le preocupa que el razonamiento jurídico no pueda resolver las disputas mecánicamente. El movimiento pragmático también ha intentado ofrecer el programa constructivo del que sus críticos dicen que CLS carece y que algunos seguidores de CLS dicen que es imposible de crear.

Es en este programa constructivo donde el segundo tema del pragmatismo –el instrumentalismo– resulta particularmente evidente. El instrumentalismo pragmático es la creencia de que las acciones deben juzgarse por sus resultados, en lugar de juzgarse según la coherencia con los primeros principios. Los pragmáticos no intentan mantener la coherencia con respecto a ningún principio o valor único. Por lo tanto, un valor al que se le puede dar gran peso para determinar qué acción tomar en un contexto puede tener mucho menos peso para determinar qué acción tomar en otro contexto.

Algunos eruditos pragmáticos remontan su metodología al concepto aristotélico de razonamiento práctico. La teoría de Aristóteles era que se puede determinar la solución correcta en casos particulares sin tener una teoría universal de lo que es verdadero. Ningún principio prevalece siempre; ningún enfoque es siempre suficiente. Más bien, los casos se deciden individualmente, estudiando las consecuencias de cada resultado posible. El pragmatismo es más empírico que racionalista.

En el pragmatismo hay un eco del tipo de ciencia política reflejada en el movimiento jurídico y económico. Y, de hecho, Richard Posner ahora es considerado un destacado exponente de la teoría del derecho y la economía y un pragmático. Sin embargo, donde el pragmatismo se separa, al menos de las primeras teorías del derecho y la economía, es en su negativa a aceptar como privilegiado cualquier valor o enfoque único. Un pragmático puede elegir el resultado más eficiente en un caso y uno menos eficiente en el siguiente.

El pragmatismo también presenta una marcada compatibilidad con el proceso de toma de decisiones caso por caso del derecho consuetudinario. Así como los jueces de common law deciden sólo la disputa concreta que tienen ante sí y tratan como dictamen no vinculante cualquier pronunciamiento que no sea estrictamente necesario para la decisión de un caso concreto, los pragmáticos también resuelven los problemas uno por uno en lugar de intentar construir una teoría universal. Desde el punto de vista pragmático, el conocimiento debe obtenerse mediante intentos de resolver problemas específicos a medida que surgen y no debe construirse como una teoría sistemática en el vacío. De hecho, el pragmatismo podría caracterizarse no sólo como una teoría normativa de cómo debería operar el razonamiento jurídico, sino también como una teoría descriptiva de cómo opera realmente en la práctica.

Aunque los pragmáticos creen que su metodología justifica los resultados que alcanzan, generalmente no afirman que obligue a obtener esos resultados. Es decir, un juez pragmático podría explicar el resultado alcanzado en un caso enumerando las políticas

relevantes y explicando cómo ese resultado impulsó cada una de las diversas políticas. Sin embargo, el proceso no es mecánico y otros jueces podrían haber descubierto que las mismas consideraciones los llevaron a un resultado diferente.

Si bien los pragmáticos no creen que la ley requiera un resultado específico, sí ven que la ley limita la toma de decisiones. Al llegar a una decisión, un juez pragmático tendría en cuenta no sólo las consecuencias para las partes en la disputa, sino también las consecuencias para el sistema jurídico e incluso la sociedad. Por lo tanto, un juez siempre debe incluir entre las consideraciones relevantes la contribución que hará la adhesión al precedente a la búsqueda tanto de la justicia como de la eficiencia. Aunque el valor de respetar el precedente suele tener un peso importante, también lo tendrán otras consideraciones. Por lo tanto, los precedentes influyen y limitan la toma de decisiones, pero no dictan el resultado.

Muchos pragmáticos reivindican una agenda política progresista. Sostienen que la negativa del pragmatismo a tratar cualquier principio como inexpugnable o privilegiado y su voluntad de probar diferentes enfoques en diferentes situaciones proporciona una base metodológica para el cambio social. Sostienen además que el instrumentalismo del pragmatismo mira hacia el futuro y, por tanto, es corrosivo para la tradición y el orden establecido.

El pragmatismo tiene sus críticos. Algunos críticos sostienen que la negativa del pragmatismo a privilegiar cualquier valor particular socava cualquier afirmación de que sea una fuerza política progresista. Sostienen que el pragmatismo puede adaptarse igualmente a una amplia gama de ideologías políticas de izquierda, centro y derecha. De hecho, como el pragmatismo rechaza las grandes teorías en favor de un enfoque caso por caso, algunos han argumentado que el pragmatismo es un movimiento inherentemente conservador que inevitablemente rechazará el cambio radical en favor de modificaciones incrementales y contextuales.

La metodología pragmatista también ha sido objeto de críticas. Algunos críticos ven en su antifundacionalismo el mismo nihilismo posmoderno que encuentran en los estudios jurídicos críticos. Otros dicen que el antifundacionalismo es contradictorio porque afirmar que no hay verdades a priori es afirmar una verdad a priori. Algunos señalan que el pragmatismo no tiene, y rechazaría por poco pragmática, cualquier teoría general sobre cómo diversas consideraciones deben considerarse relevantes para decidir qué resultado debe preferirse en un caso o incluso cómo debe definirse el caso en sí. Desde esta perspectiva, el pragmatismo no es tanto una teoría como una voluntad de admitir que uno no tiene una teoría.

VI. CONCLUSIÓN

La cuestión del lugar del razonamiento jurídico en el sistema jurídico estadounidense comenzó como un problema de filosofía política. La teoría política liberal de la Ilustración postula que el propósito del gobierno es proteger la libertad del individuo. El medio para lograrlo es el Estado de derecho. La ley limitará el poder del gobierno y, por tanto, garantizará la libertad individual. La teoría política liberal asigna así a los tribunales la tarea de decidir las disputas de conformidad con la ley.

Para decidir de conformidad con la ley es necesario que el tribunal primero determine la ley. El proyecto político de subordinar el gobierno al Estado de derecho implica, por tanto, una tarea epistemológica: encontrar la ley.

La epistemología de la Ilustración, como se vio en el capítulo 11, tenía dos vertientes: racionalista y empirista. Ambos, sin embargo, compartían el dualismo cartesiano entre la conciencia individual subjetiva y el mundo objetivo más allá de esa conciencia. Sobre esta premisa, la tarea de juzgar de conformidad con la ley se equiparaba a decidir sobre motivos objetivos, más que subjetivos.

La metafísica de la Ilustración era predominantemente realista en 1776 y, por tanto, los primeros jueces estadounidenses creían que la ley objetiva existía. A finales del siglo XVIII, la metafísica realista del derecho tomó la forma de una creencia en el derecho natural. La ley natural, que podría determinarse a través de la razón, controlaría al juez y proporcionaría una base objetiva para tomar decisiones de conformidad con la ley.

Sin embargo, la corriente empirista de la epistemología de la Ilustración comenzó a sembrar dudas sobre la autenticidad de una ley natural discernible sólo a través de la razón. La democracia jacksoniana, además, requería una teoría del derecho más basada en el consenso, una en la que la ley se encontrara en el consentimiento de los gobernados y no a través del ejercicio de la intuición. El resultado fue el desplazamiento del naturalismo por el positivismo.

A finales del siglo XIX se produjo una nueva síntesis bajo la rúbrica del formalismo: el derecho positivo podía encontrarse mediante un proceso de inducción y podía aplicarse a disputas individuales mediante un proceso de deducción. Es decir, ahora la ley debía encontrarse empíricamente examinando las leyes y los casos. El razonamiento jurídico era una ciencia que, como la física o la biología, permitía al juez encontrar la ley. La metafísica realista había pasado de un naturalismo de finales del siglo XVIII a un conceptualismo positivista de finales del siglo XIX.

Sin embargo, el empirismo escéptico que había socavado el naturalismo también comenzó a socavar el conceptualismo. A finales del primer tercio del siglo XX, al menos en la academia y en muchos tribunales de apelación, la metafísica dominante era nominalista: los conceptos jurídicos no existían realmente; eran simplemente nombres adjuntos a grupos de casos particulares que, desde una perspectiva, parecían compartir algún atributo común.

Sin una metafísica, a los abogados sólo les quedaba epistemología o método. Los miembros del nuevo movimiento dominante, los realistas jurídicos (que eran nominalistas filosóficos), intentaron reconcebir el derecho como un proceso empírico. Los abogados y jueces estudiarían cómo funciona la ley en la práctica. Las disputas se decidirían de una manera que promueva políticas públicas sólidas.

Sin embargo, desde el principio la tarea de la Ilustración había sido decidir los casos de forma objetiva y no subjetiva. Si las decisiones debían basarse en políticas, entonces el proyecto de la Ilustración parecía exigir que las políticas se determinaran objetivamente. El dilema era encontrar una base objetiva para la toma de decisiones judiciales.

La historia del razonamiento jurídico a principios del siglo XXI es la historia de las diferentes respuestas a este dilema. Aquí se han considerado cuatro.

La primera respuesta, que caracteriza al pensamiento jurídico dominante contemporáneo, es simplemente negarse a reconocer la victoria del nominalismo. Se argumenta que la mayoría de las disputas pueden resolverse encontrando principios en los casos anteriores y razonando deductivamente a partir de ellos. Puede que esto no sea cierto en unos pocos casos difíciles o en casos ocasionales de primera impresión, pero son excepcionales y no socavan la legitimidad del sistema en su conjunto.

La segunda respuesta ha sido buscar en un supuesto consenso público una base objetiva para la formulación de políticas. Aunque tal esfuerzo parecería obviamente empírico, este enfoque ha implicado en general una resurrección del racionalismo. Mediante un proceso de intuición y deducción, los juristas han intentado identificar aquellas políticas o principios que parecerían necesariamente inherentes a nuestro sistema jurídico y, por lo tanto, serían, al menos implícitamente, producto de un amplio consentimiento popular. Este enfoque ha sido adoptado por los teóricos liberales, que buscan principios en la jurisprudencia, y por los primeros trabajos del movimiento jurídico y económico, que encontró en la eficiencia el valor fundamental e incuestionable necesario para decidir los casos. Aunque sus logros son impresionantes como ejercicio intelectual, los teóricos liberales han servido más como punto de partida para los académicos que como fuentes de orientación para los tribunales que deciden casos. El movimiento jurídico y económico ha tenido algo más de influencia en los tribunales, pero hasta cierto punto ha abandonado la afirmación de que la eficiencia es un valor fundamental y privilegiado.

La tercera respuesta, que caracteriza a gran parte del movimiento de estudios jurídicos críticos y de las escuelas de pensamiento jurídico basadas en la identidad, es reconocer completamente la victoria de la metafísica nominalista y declarar muerta la búsqueda de una base objetiva para la adjudicación. Desde este punto de vista, la adjudicación es inherentemente subjetiva y la concepción ilustrada del derecho es un fracaso. El individualismo liberal está condenado al fracaso y debe ser reemplazado por una teoría más comunitaria o igualitaria que rechace la subordinación de grupos externos, como las mujeres, las minorías raciales y étnicas, y los gays y lesbianas. Sin embargo, el contenido de esta teoría alternativa aún está en gran medida en desarrollo.

La cuarta respuesta, que caracteriza a los pragmáticos, es rechazar el dualismo cartesiano de sujeto y objeto por presentar una elección falsa. Desde este punto de vista, Descartes se

equivocó al colocar al individuo en el centro del conocimiento. El conocimiento se construye socialmente; la verdad es lo que una comunidad cree en un momento determinado. La verdad no es objetiva en el sentido de estar eternamente fijada, pero tampoco es subjetiva en el sentido de estar construida individualmente.

En el pragmatismo, el marco epistemológico y metafísico de la Ilustración se abandona por completo. Los pragmáticos se esfuerzan por encontrar soluciones a casos particulares a medida que surgen, sin construir primero un cuerpo newtoniano de leyes para regir todos los casos.

El pragmatismo tiene mucho en común con el pensamiento jurídico dominante contemporáneo. El pensamiento jurídico dominante es en muchos aspectos antiteórico. Habiendo perdido el formalismo y siendo incapaz de abrazar el realismo por completo, procede sin una sola teoría coherente. Es formalista en los casos fáciles y realista en los difíciles, intentando utilizar lo mejor de ambas teorías pero sin poder adoptar ninguna de ellas plenamente.

Además, los juicios políticos que predominan en las decisiones judiciales de principios del siglo XXI, especialmente en casos difíciles, parecen metodológicamente indistinguibles del razonamiento práctico defendido por los pragmáticos jurídicos contemporáneos. Por tanto, el pragmatismo proporciona una posición filosófica para los científicos políticos que operan en un mundo posmoderno.

La filosofía de la Ilustración, por supuesto, había sido empleada por los teóricos del derecho en pos de fines políticos liberales. Si la epistemología y la metafísica están equivocadas, ¿qué pasa entonces con el individualismo liberal? Si el pragmatismo se niega a aceptar algún valor particular como privilegiado, ¿protege entonces adecuadamente la libertad? El pragmatismo como enfoque parecería ser capaz de conciliar la resolución de una disputa con varias ideologías políticas bastante diferentes, una idea que no debería ser particularmente reconfortante para los liberales (ni para los comunitarios, ni para los socialdemócratas ni para los conservadores). Si los dilemas del razonamiento jurídico contemporáneo comenzaron como problemas de filosofía política, parecería que ahí es precisamente donde terminan.

CONCLUSIÓN

Los capítulos anteriores han tenido un único objetivo: enseñar las técnicas para pensar como un abogado. Sin embargo, a estas alturas debería quedar claro que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico, sino que implica el ejercicio del juicio.

Así, el resultado que alcance el abogado a través del proceso de razonamiento jurídico puede depender en gran medida de las políticas o valores que el abogado cree que preferiría un tribunal. Cuando el abogado asesora a un cliente, puede dejar claro que es posible más de un resultado y explicar las consideraciones que militarían a favor de cada uno. El conocimiento que tiene el abogado de las preferencias políticas predominantes de

los tribunales locales puede ayudarle a estimar la probabilidad de que un tribunal alcance un resultado determinado. Cuando el abogado es un defensor, las normas de la profesión esperan que inste al tribunal a preferir aquellas políticas que conduzcan al resultado más favorable para el cliente, independientemente de las preferencias personales del abogado.

Por tanto, el proceso de razonamiento jurídico se ocupa de la defensa y la predicción, no de la verdad fija. El abogado no se dedica a explicar mecánicamente qué es el derecho, sino más bien a formular una serie de argumentos sobre cómo debería ser el derecho aplicado a una situación particular. En ese proceso, los valores políticos y morales desempeñan un papel tan importante como la lógica o la razón neutrales.

Ante la naturaleza intrínsecamente política del derecho, los abogados adoptan diversas posturas. Algunos creen que no tienen otra obligación que la impuesta por el código de ética profesional y que pueden utilizar sus habilidades para todos los que los emplean. Otros ven cada caso como defensa política y les resulta difícil representar a alguien cuyas opiniones no sean las suyas. Algunos abogados se encuentran en algún lugar entre estos polos, tal vez en general dispuestos a representar a casi cualquier persona que los contrate, excepto ciertos tipos específicos de clientes o casos.

Al escribir este libro, he evitado emitir juicios sobre la cuestión de los fines para los cuales un abogado debe o puede proporcionar representación legal. He intentado, en la medida de lo posible, simplemente enseñar los trucos del oficio.

En otras palabras, este libro ha sido una especie de libro de instrucciones. El autor de un libro de instrucciones empodera en cierto sentido a otras personas, sin tener ningún control sobre la forma en que se utiliza ese poder. El manual de reparación de automóviles se puede utilizar tan fácilmente para reparar el coche de fuga como para reparar el autobús de la iglesia.

Un libro de instrucciones también puede distraer la atención del hecho de que obtener un reemplazo sería mejor que hacer reparaciones. El manual de reparación de automóviles permite mantener el limón funcionando un poco más, cuando lo que realmente debería hacer el propietario es llevarlo al depósito de chatarra y comprar un coche nuevo.

Aunque he evitado expresar mi juicio sobre cuestiones de política y valor moral, espero no haber distraído al lector de reconocer que tales cuestiones son inherentes a todo acto de razonamiento jurídico. También espero que, al aprender a pensar como hombres y mujeres de la ley, no olvidemos cómo juzgar como personas de conciencia.

APÉNDICE: PENSAR COMO UN ESTUDIANTE DE DERECHO

Dado que el objetivo principal de la facultad de derecho es enseñar a los estudiantes a pensar como abogados, gran parte del plan de estudios de la facultad de derecho tiene como objetivo enseñar las habilidades descritas en este libro. Este apéndice describe algunas de las formas más importantes en que las facultades de derecho enseñan a los

estudiantes a pensar como abogados, sugiere estrategias para sobresalir como estudiantes de derecho e indica cómo este libro puede resultar útil.

I. APRENDIZAJE DE HABILIDADES ESENCIALES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

A. El método del caso

La mayoría de los cursos de la facultad de derecho utilizan el método del caso. El método del caso fue introducido en la educación jurídica por Cristóbal Colón Langdell, quien fue nombrado decano de la Facultad de Derecho de Harvard en 1870. Como se explica en el capítulo 11, Langdell creía que el derecho es una ciencia y que las opiniones judiciales son los datos que la ciencia del derecho proporciona. examina. Por lo tanto, creía que los estudiantes deberían aprender derecho leyendo opiniones o "casos" judiciales. Aunque los supuestos de Langdell sobre la naturaleza del derecho ya no son ampliamente compartidos, el método del caso sobrevive.

Para cada curso, a los estudiantes se les asigna un libro de texto llamado libro de casos. El libro de casos consta principalmente de versiones editadas de opiniones de tribunales de apelaciones emitidas por varios tribunales estatales o federales. Un caso puede articular un importante estado de derecho que se sigue en muchos o incluso en todos los estados. Otro caso podría articular un estado de derecho en competencia que haya sido adoptado quizás en una minoría de estados. O un caso puede articular una excepción a la regla general anunciada en el primer caso. Alternativamente, puede plantear la cuestión de cómo debería aplicarse la norma en un conjunto de circunstancias especialmente difíciles o controvertidas.

Antes de cada sesión de clase, a los estudiantes se les asignará leer e "resumir" algunos casos del libro de casos. Informar un caso significa extraer del caso ciertos elementos específicos de información. Por tanto, la primera habilidad que se enseña con el método del caso es el análisis de casos. No se espera que los estudiantes presenten sus resúmenes al instructor, pero se les puede pedir en clase que los resuman oralmente. Como ya se señaló, la gran mayoría de las opiniones en el libro de casos serán decisiones de la corte de apelación y, por lo tanto, esta discusión sobre cómo presentar un caso asumirá que el caso que se presenta es una opinión de apelación.

Su escrito comienza con un resumen de los **hechos** del caso, es decir, los hechos que dieron origen a la disputa. No es necesario que sea un resumen exhaustivo. Incluya sólo suficientes hechos para comprender la naturaleza de la cuestión que se le pidió al tribunal que decidiera y aquellos hechos en los que el tribunal basó su decisión, es decir, los hechos dispositivos.

En segundo lugar, describe los **antecedentes procesales** del caso, es decir, los hechos ocurridos en el tribunal desde la presentación de la demanda hasta la apelación de la sentencia del tribunal de instancia. (En el capítulo 1, bajo el título "Llevar una disputa ante el tribunal", se incluye una descripción del proceso legal desde la demanda hasta la apelación). En esta parte del escrito, la información más importante es la naturaleza de la decisión sobre la cual se apela. se tomó, como, por ejemplo, si la apelación proviene de un veredicto de un jurado o de la decisión de un tribunal de apelación inferior. Como se explica en el capítulo 2, esto determina el estándar de revisión, es decir, el grado en que el tribunal de apelaciones diferirá de la decisión ya tomada por el tribunal de primera instancia.

En tercer lugar, el escrito identifica la **cuestión presentada** ante el tribunal de apelaciones para su decisión. Por lo general, la cuestión se puede plantear comenzando con la palabra *si* , como por ejemplo “si agarrar la corbata del demandante durante una discusión constituyó una agresión”. Normalmente, la cuestión se puede responder “sí” o “no”.
Cuarto, el escrito expresa la **decisión** del tribunal, es decir, la decisión del tribunal sobre el asunto. Muy a menudo, aunque no siempre, un tribunal introduce la decisión con las palabras "Sostenemos...".
razonamiento del tribunal . Esta parte del escrito puede ser la más difícil de redactar porque el razonamiento puede estar disperso en una gran parte de la opinión. En general, lo que busca son las reglas aplicadas por el tribunal, los hechos que el tribunal trató como dispositivos y cualquier justificación basada en políticas proporcionada para esas reglas o para su aplicación específica a los hechos del caso.
Finalmente, el escrito indica la **disposición** del caso, es decir, si la sentencia del tribunal sentenciador fue revocada o confirmada.
Ocasionalmente, particularmente cuando el caso es una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el libro de casos incluirá una **opinión concurrente o disidente** , es decir, una opinión escrita por un juez que no habla en nombre de la mayoría del tribunal. Si la opinión separada es disidente, su escrito debe resumir el desacuerdo básico entre la opinión disidente y la opinión mayoritaria y la justificación de la posición disidente. Por ejemplo, el disidente puede sostener que la mayoría aplicó la regla equivocada o que aplicó la regla correcta, pero llegó al resultado equivocado dadas las circunstancias del caso. Si la opinión separada es una concurrencia, su escrito debe indicar en qué se diferencia la concurrencia de la opinión mayoritaria. Por ejemplo, la concurrencia puede ofrecer una justificación diferente para la decisión o puede intentar limitar de alguna manera las implicaciones de la decisión de la mayoría.
Todos estos elementos de un escrito se explican con mayor detalle en el capítulo 2 bajo el título “Los componentes de un caso”.
Sin embargo, el análisis de casos es sólo el primer paso para leer un caso. Igualmente importante es sintetizar los casos, es decir, colocar cada caso en un marco más amplio que consista en todos los demás casos leídos hasta ese momento del curso. Para ello, pregunte qué le enseña este caso que no sabía antes. En otras palabras, ¿por qué aparece este caso en el libro? Luego pregunte cómo se relaciona la enseñanza de este caso con la enseñanza de otros casos leídos hasta ahora. El examen final del curso no preguntará sobre los detalles de casos individuales. Más bien, requerirá que usted comprenda la estructura de reglas que surgen de los casos para poder aplicar la estructura a casos futuros. Por lo tanto, es fundamental determinar cómo contribuye cada caso a esa estructura.
Puede determinar, por ejemplo, que un caso limita la regla que regía otro caso, o define uno de los elementos de una regla de otro caso. O dos casos pueden parecer contradictorios de algún modo. Este proceso de colocar casos en un marco es esencialmente la técnica de síntesis descrita en el capítulo 3 bajo el título “Reglas de síntesis”.
Como se señaló en el capítulo 3, el hecho de que los casos, incluso en una sola jurisdicción, a menudo estén en conflicto complica el proceso de sintetizar reglas en un marco

coherente. Aprender a pensar como un abogado requiere que desarrolle dos estrategias diferentes para manejar los conflictos en los casos. Primero, se debe aprender a **armonizar** los casos, es decir, a sintetizar y aplicar las reglas y políticas de manera que parezca eliminar cualquier conflicto entre los casos. En segundo lugar, debe aprender a **distinguir** los casos, es decir, a sintetizar y aplicar las reglas y políticas de manera que traten las decisiones contrarias como si surgieran de hechos que son diferentes en aspectos relevantes y, por lo tanto, no requieren el mismo resultado. Estas estrategias se analizan ampliamente en los capítulos 3 y 5.

A veces se critica el método del caso por su énfasis en las decisiones de los tribunales de apelación. La mayoría de las disputas legales se resuelven sin llegar a juicio, y mucho menos a una apelación. De hecho, sólo un pequeño porcentaje de abogados ejercen ante los tribunales de apelaciones. Además, la capacidad de leer una decisión de un tribunal de apelaciones es solo una habilidad entre muchas que necesita un abogado. Muchas de estas otras habilidades críticas no se pueden aprender leyendo las decisiones de apelación. Además, el método del caso tiende a exagerar la importancia de las normas formales en el sistema jurídico. Los litigantes hacen reclamaciones que no esperan que en última instancia tengan éxito con la esperanza de que la otra parte llegue a un acuerdo, lo que la otra parte suele hacer para evitar el costo del litigio, la publicidad adversa o incluso un riesgo remoto de perder. Un juez de primera instancia puede dictar una decisión sin investigar ni considerar adecuadamente la ley, pero la decisión nunca podrá ser apelada. Aunque la regla puede sugerir que una de las partes debe prevalecer, es posible que esa parte no pueda probar en el juicio los hechos necesarios para demostrar que la regla se aplica. Los jurados pueden malinterpretar o ignorar las instrucciones que se les dan, pero no de una manera que sirva de base para revocar el veredicto. Es posible que la parte perdedora no tenga los recursos para apelar. De estas y otras maneras, las normas de derecho adoptadas en una decisión de apelación pueden no regir el resultado de una disputa particular.

Sin embargo, a pesar de todas estas críticas legítimas, el método del caso ha persistido porque es una forma muy eficaz de enseñar a los estudiantes a pensar como abogados, una habilidad que utilizarán constantemente en la práctica, independientemente de si son abogados de apelaciones, abogados litigantes o abogados litigantes. abogado, o un abogado que se dedica a trabajos transaccionales en lugar de litigios. También serán necesarias otras habilidades, pero la capacidad de pensar como un abogado es la habilidad fundamental que define la profesión jurídica y en la que descansa la utilidad de otras habilidades.

Además, incluso si muy pocas disputas llegan a los tribunales de apelaciones, el abogado siempre tiene en mente la posibilidad de que una transacción en particular pueda llegar a un tribunal de apelaciones y debe planificar en consecuencia. Por lo tanto, el abogado debe poder aconsejar a su cliente cómo actuar de la manera que le proporcione la mayor probabilidad de éxito en caso de que surja una disputa, en caso de que la disputa sea litigada y en caso de que el litigio llegue al tribunal de apelaciones. Por ejemplo, un abogado litigante que prepara un caso a veces buscará la ayuda de un especialista en apelaciones

para estructurar el caso de tal manera que, en caso de pérdida en el juicio, se cree el mejor caso en apelación.

El método del caso también persiste porque es una forma especialmente eficaz de introducir a los estudiantes en el funcionamiento de la ley en la práctica. Cada caso representa un conflicto que surgió en la vida real. Por tanto, la lectura de casos ilustra el contexto en el que es probable que se aplique la ley. Al leer la historia procesal de un caso, los estudiantes se acostumbran a las formas en que las disputas se presentan ante los tribunales y cómo los tribunales abordan esas disputas. No es raro que los tribunales resuman al menos algunos de los argumentos de la parte, lo que permite al estudiante ver cómo un abogado experimentado intentó moldear la ley en beneficio de su cliente. La opinión del tribunal, al anunciar las reglas aplicables, a menudo proporciona un breve resumen de las reglas que rigen disputas del tipo que tiene ante sí, con citas de los precedentes más importantes. El tribunal puede explicar algunas de las políticas subyacentes en esta área del derecho. Y, por supuesto, el tribunal decidirá la disputa, ilustrando una forma en que se aplicaron las reglas a un conjunto particular de hechos. Si se escribió una opinión disidente, el estudiante puede ver una visión alternativa de cómo se aplica la ley a los hechos ante el tribunal. En resumen, una decisión de apelación es una narración sobre una disputa real que fue resuelta por hombres y mujeres que pensaban como abogados. La lectura diaria de casos sumerge al estudiante en el funcionamiento de la ley. La inmersión es una forma incompleta de instrucción, pero de todos modos invaluable.

B. El método socrático

Las sesiones de clase a menudo se llevan a cabo utilizando el "método socrático", un método de instrucción que lleva el nombre del filósofo griego Sócrates, quien enseñaba filosofía formulando a sus alumnos una serie de preguntas. Según el método socrático, el profesor no da conferencias ni explica. Más bien, utiliza el tiempo de clase para preguntar a los estudiantes sobre los casos que se les asignó leer antes de la clase.

Dean Langdell también introdujo el método socrático en la educación jurídica. Era profundamente impopular entre sus alumnos, quienes se preguntaban por qué les hacía todas estas preguntas cuyas presumiblemente ya conocía las respuestas. Y, si no sabía las respuestas, ¿estaba calificado para impartir el curso? El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Benjamín Cardozo, uno de los jueces más respetados del siglo XX, dejó la Facultad de Derecho de Columbia en 1891 al final de su segundo año (y por lo tanto nunca obtuvo su título) porque la administración de la facultad de derecho decidió reemplazar el método de conferencia. con el método socrático y contrató nuevos profesores de Harvard que estaban familiarizados con el enfoque de Langdell.

Enseñar mediante el método socrático es una habilidad difícil de dominar y, si no se ejecuta bien, puede dejar a los estudiantes con la idea de que la facultad de derecho consiste en adivinar las respuestas a una serie de preguntas incomprensibles o al menos sin respuesta.[1] Sin embargo, en manos de un practicante experto, el método socrático puede producir un intercambio estimulante e iluminador.

La mayoría de los profesores de derecho ya no utilizan exclusivamente el método socrático. El instructor puede dar una conferencia durante un período de tiempo, invitar a los estudiantes a hacer preguntas o pedirles que discutan en grupo cómo resolver una única disputa hipotética. Esta última técnica suele denominarse método del problema. En algunos cursos, a los estudiantes se les puede presentar el problema hipotético, es decir, el problema, antes de la clase y se les pide que consideren, mientras leen los casos asignados, cómo esos casos sugieren que debería resolverse el problema. A veces, el profesor realizará un ejercicio de simulación, tal vez asignando a los estudiantes a argumentar diferentes lados de un caso. Sin embargo, el método socrático es distintivo de la educación jurídica y es la técnica que genera mayor aprensión y mayor perplejidad en los estudiantes. Por lo tanto, merece un poco de discusión aquí.

El diálogo socrático entre el instructor y el estudiante generalmente comienza cuando el instructor le pide al estudiante que le informe sobre un caso que fue asignado para la sesión de clase de ese día. El estudiante responde resumiendo su escrito, comenzando con los hechos del caso. El instructor puede hacerle al estudiante una serie de preguntas simplemente para aclarar el resumen del estudiante. En particular, el instructor querrá identificar las reglas de derecho adoptadas por el tribunal y los hechos que fueron críticos para la aplicación de las reglas por parte del tribunal.

Una vez explicado el caso, el instructor podrá pedir al alumno que encaje el caso en la síntesis de casos que ha leído la clase. El instructor puede preguntar, por ejemplo, si el caso

es consistente con otro caso. En efecto, el instructor pregunta al estudiante qué añade este caso a lo que el estudiante ya sabe. ¿Modifica alguna norma previamente existente de otro caso? ¿Elabora de alguna manera el significado de una regla de otro caso? ¿Crea una excepción a una regla vista en otro caso? ¿Se contradice con otra decisión? En la medida en que el caso sea incompatible con otro caso, ¿cuál es la naturaleza del desacuerdo entre los dos tribunales? ¿Qué políticas respaldan la posición adoptada por cada tribunal? ¿Qué tribunal tuvo el mejor argumento? Al intentar situar este caso en un marco más amplio, el instructor en realidad está pidiendo al estudiante que utilice las técnicas de síntesis descritas en el capítulo 3.

A continuación, el instructor puede pedirle al estudiante que considere cómo se debe aplicar la regla de este caso a los hechos de otros casos. Este proceso de aplicación de reglas se describe en detalle en el capítulo 5.

Al examinar la aplicación de la regla, el instructor puede plantear una serie de casos hipotéticos que difieren sólo ligeramente de los hechos del caso que el estudiante informó. La cuestión será si el tribunal debería llegar al mismo resultado en los casos hipotéticos que llegó en el caso que fue informado. Muchas de las preguntas pueden tener como objetivo aclarar el significado de la regla, tal vez examinando si una palabra particular de la regla se aplica o no a diversos contextos fácticos.

Los instructores suelen basar preguntas hipotéticas en casos difíciles. El término *caso difícil* puede referirse a cualquiera de dos tipos de casos. En primer lugar están los casos en los que el resultado requerido por la norma parece poco claro. En segundo lugar están los casos en los que el resultado requerido por la regla parece claro pero injusto o imprudente.

Si el instructor desea discutir el primer tipo de caso difícil, donde el resultado no parece claro, una secuencia común de preguntas comienza con un caso fácil, es decir, un caso en el que la aplicación de la regla a un nuevo conjunto de hechos parece claro. Luego, el instructor avanza gradualmente a través de una serie de casos en los que la aplicación de la regla de la misma manera parece cada vez más difícil de justificar. El profesor está demostrando que el resultado que parecía sólido según los hechos de un caso puede parecer incorrecto según un conjunto diferente de hechos. Se puede pedir al estudiante que encuentre el punto en el que las justificaciones políticas subyacentes al caso parecen cambiar en la dirección opuesta, es decir, el punto en el que parece necesario un resultado diferente.

Como se explicó en el capítulo 5, este proceso a veces se denomina dibujo lineal. El estudiante debe trazar una línea que separe los casos en los que se encontró que existía un determinado derecho o deber de aquellos en los que se encontró que no existía. El profesor le preguntará al estudiante por qué trazó la línea donde lo hizo.

Encontrar el punto en el que trazar la línea puede resultar difícil. Los abogados a veces utilizan la metáfora de una "pendiente resbaladiza" para referirse a la ausencia de una limitación fácilmente definible en la preferencia del tribunal por un resultado particular. Al argumentar que un terrateniente debería tener el deber de advertir sobre un pozo de cinco metros y medio en su terreno, el estudiante comienza a descender por una pendiente resbaladiza. Cada vez que el estudiante argumenta que alguna condición ligeramente

menos peligrosa, como un pozo de tres metros y medio, desencadena el deber de advertir, se desliza más pendiente abajo. En algún momento, la estudiante se da cuenta de que el siguiente argumento que se le pide que presente (como el argumento de que el propietario tiene el deber de advertir sobre una depresión de una pulgada en el suelo) sería absurdo. Sin embargo, es posible que se sienta incapaz de explicar con precisión dónde debe trazarse el límite. En otras palabras, una vez que comienza a bajar la pendiente, le resulta difícil detenerse.

El razonamiento jurídico, sin embargo, requiere que los abogados tracen líneas entre los grupos de casos regidos por políticas opuestas, categoricen los casos como pertenecientes a un lado u otro de la línea y defiendan esas opciones. Al plantear estas difíciles preguntas hipotéticas, el instructor está poniendo a prueba la capacidad del estudiante para trazar la línea y defenderla desde el punto de vista político.

A medida que el estudiante opina sobre cómo se aplica la regla en cada caso, el instructor puede invitar a otros estudiantes a la discusión y preguntarles si están de acuerdo. Si otros estudiantes no están de acuerdo, se puede pedir a todos los participantes que defiendan sus posiciones. De esta manera, los estudiantes exploran las formas en que una regla puede conducir a más de un resultado defendible.

El instructor también puede plantear preguntas hipotéticas destinadas a plantear el segundo tipo de caso difícil: el caso en el que el resultado puede parecer claro pero muy indeseable. Uno de los propósitos de tales preguntas es demostrar que incluso las buenas reglas pueden conducir a malos resultados en algunos casos. El instructor puede preguntar al estudiante si la regla debe modificarse a la luz del resultado que parece producir en el caso difícil. Si el estudiante sugiere una modificación de la regla, entonces el proceso puede comenzar de nuevo: primero aclarando esta nueva regla propuesta y luego examinando los resultados que produciría en varios casos fáciles y luego difíciles. En última instancia, el estudiante puede descubrir que ninguna regla produce el resultado más deseable en todos los casos. Sin embargo, es necesario adoptar alguna regla, por lo que la tarea es identificar y defender la regla más deseable, considerando todas las cosas.

Otro propósito de las preguntas sobre casos difíciles es capacitar a los estudiantes para discutir casos con referencia a las reglas y políticas relevantes en lugar de simplemente su reacción personal. En algún momento, a los estudiantes de derecho se les podría haber dicho que la ley se basa en la lógica, no en la emoción. Pocos abogados, si es que hay alguno, creen hoy en día que el razonamiento jurídico se base enteramente en la lógica. De hecho, una premisa central de este libro es que el proceso de razonamiento jurídico depende de juicios que requieren una ponderación subjetiva de las políticas. Por tanto, el ultraje moral u otras preferencias de valores tienen un lugar legítimo en el razonamiento jurídico. Sin embargo, el estudiante debe aprender a expresar sus sentimientos acerca de un caso en términos de las reglas y políticas establecidas por el estatuto y el precedente. Además, el estudiante también debe aprender a formular argumentos en apoyo de una posición que considere personalmente objetable. Los casos difíciles, debido a su influencia sobre nuestras emociones, presentan buenas oportunidades para desarrollar ambas habilidades.

C. El esquema del curso

A medida que avance el semestre, irás acumulando una cantidad considerable de reglas extraídas de los casos. Estos deben organizarse en una síntesis coherente. Los estudiantes hacen esto creando un esquema de las reglas que han aprendido. El proceso de sintetizar las reglas, de crear un esquema, se analiza en el capítulo 3.

Los estudiantes de derecho pueden comprar resúmenes de la mayoría de las materias en casi cualquier librería de derecho. Un esquema comercial puede resultar útil para ayudar a aclarar puntos específicos, pero nunca debe sustituir su propio esquema. No comprenderá completamente el material a menos que se haya visto obligado a elaborar su propio esquema. O, para decirlo de otra manera, si no puedes crear un esquema, entonces no entiendes el tema.

D. El examen final

El último paso de un curso es realizar el examen. En la mayoría de las facultades de derecho, la calificación completa del estudiante se basa en un único examen administrado al final del curso. Algunas facultades de derecho pueden administrar un examen de mitad de período, pero esa no ha sido la práctica habitual. La pregunta de un examen de la facultad de derecho suele ser una pregunta de ensayo formulada como un caso hipotético. Como esto sugiere, el examen típico de la facultad de derecho se centra en el último paso del proceso de razonamiento jurídico: la aplicación de la ley a los hechos.

La estructura de su respuesta debe seguir un formato conocido por los estudiantes de derecho como "IRAC", acrónimo de Asunto, Regla, Aplicación, Conclusión. Bajo este formato, usted identifica un problema planteado por la pregunta, establece la regla que resuelve el problema, aplica la regla a los hechos hipotéticos dados en el examen y llega a una conclusión sobre cómo es probable que se resuelva el problema a la luz de la pregunta. la ley y los hechos. Se repite este proceso hasta que se hayan identificado y discutido todos los problemas.

El capítulo 5 describe el razonamiento jurídico como un proceso de razonamiento silogístico, en el que una premisa mayor se combina con una premisa menor para producir una conclusión. El formato IRAC es simplemente una forma de razonamiento silogístico. La premisa mayor es el estado de derecho, la premisa menor es la aplicación y la conclusión del silogismo es la conclusión del formato IRAC.

Las cuestiones que se abordarán en la respuesta del examen dependerán de la pregunta planteada. Debido a que el principio organizativo central del derecho es pasar de lo general a lo particular, ese debería ser su enfoque en el examen. Después de leer la pregunta detenidamente al menos dos veces, identifica la regla o reglas más generales que responden a la pregunta.

Por ejemplo, si la pregunta es si Kristen es responsable de cometer algún agravio, debe repasar rápidamente en su mente cada una de las reglas que crean responsabilidad por agravio. Si parece que una regla particular –digamos, la regla que impone responsabilidad por encarcelamiento ilegal– podría posiblemente imponer responsabilidad por agravio bajo las circunstancias del examen hipotético, entonces esa regla crea un problema. Por lo tanto, una primera cuestión identificada en la respuesta de su examen puede ser si Kristen es responsable de un encarcelamiento falso.

Al repasar mentalmente las reglas, repase mentalmente todo el esquema en orden. Sea sistemático para no pasar por alto nada. No es necesario discutir reglas que ni siquiera se pueden aplicar. Sin embargo, si una regla es al menos discutiblemente aplicable, entonces crea una cuestión que merece discusión.

Debe comenzar su discusión sobre un tema estableciendo la regla que rige la resolución del tema. En este caso, la regla a enunciar es la que describe cuándo se es responsable de una prisión falsa.

Algunos estudiantes comienzan su respuesta resumiendo los hechos de la pregunta. Eso es una pérdida de tiempo. Ningún instructor quedará impresionado por su capacidad de simplemente repetir los hechos expuestos en el papel que tiene delante. Más bien, comience por identificar un tema a discutir y luego pase inmediatamente a la regla que resuelve el problema.

Como se analizó en el capítulo 2, las normas jurídicas incluyen un predicado fáctico que comprende uno o más elementos que deben estar presentes para que la norma cree un derecho, deber, responsabilidad u otra relación jurídica. Si todos los elementos están presentes, entonces existe el derecho, deber, responsabilidad u otra relación jurídica. Si no están presentes todos los elementos, entonces el derecho, deber, responsabilidad u otra relación jurídica no existe. Por ejemplo, la norma que impone responsabilidad por encarcelamiento falso puede establecer que existe responsabilidad por encarcelamiento falso cuando el demandado actúa intencionalmente para confinar al demandante a un área delimitada. Por lo tanto, los elementos incluyen un acto del demandado, un área delimitada, el confinamiento del demandante a ese área delimitada, la intención del demandado de confinar al demandante y un vínculo causal entre el acto del demandado y el confinamiento del demandante. Kristen será responsable de prisión ilegal sólo si cada uno de estos elementos está presente.

En consecuencia, después de establecer la regla, el siguiente paso es examinar cada elemento para determinar si está presente según los hechos expuestos. A medida que comienza a examinar cada elemento, pasa de lo general (la regla) a lo particular (los elementos individuales de la regla). Si ha aprendido una regla que define un elemento, comience su discusión sobre ese elemento estableciendo la regla que define el elemento y luego determinando si los elementos de esa regla están presentes. Cuando estableces la regla que define un elemento y luego examinas los elementos de esa regla, vuelves a pasar de lo general a lo particular.

Por ejemplo, después de establecer la regla que define un encarcelamiento falso, podría comenzar su discusión sobre el elemento de confinamiento con una regla que defina un confinamiento, como por ejemplo “Existe un confinamiento donde el movimiento está restringido por barreras físicas o por intimidación”. Si se cumplen los elementos de la regla que define un confinamiento, entonces existe un confinamiento. Para decidir si se cumplen los elementos de un encierro, es posible que deba referirse a una regla aún más específica, como "La intimidación ocurre cuando una amenaza crea un temor razonable de violencia". A medida que avanza en el análisis, desde reglas más generales hasta reglas más particulares, debe identificar los hechos específicos que demuestran la presencia o ausencia de cada elemento de cada regla analizada.

En algunos casos, parecerá muy claro si un elemento está presente. Por ejemplo, si el demandante fue encerrado en un armario, los elementos de confinamiento a un área delimitada parecen claramente presentes. En estos casos, deberá indicar que se cumplen estos elementos y deberá identificar los hechos que los establecen. No diga simplemente que los elementos se cumplen claramente. Debe explicar por qué cree que se cumplen. Sin embargo, probablemente no sea necesario un debate más extenso.

En otros casos, no parecerá claro si un elemento está presente. Algunos hechos pueden indicar que el elemento está presente, mientras que otros indican que no. Estos casos requieren la mayor discusión. Debe asegurarse de identificar todos los hechos relevantes y discutir qué hechos respaldan la búsqueda del elemento presente y cuáles respaldan el resultado opuesto. Si ha leído algún caso con hechos análogos, puede consultar el caso y discutir qué resultado sugiere la analogía.[2] Es decir, puede complementar el silogismo con una analogía, como se describe en el capítulo 5. En algunas ocasiones, puede desear referirse a las políticas subyacentes a una regla como guía para determinar si los hechos deben caracterizarse como que establecen que un elemento es reunió. Algunas de las políticas a las que puede hacer referencia se analizan en el capítulo 6. Por ejemplo, en una situación en la que un incidente bastante trivial parece constituir los elementos de un agravio, se podría señalar que tratar el incidente como un agravio alentaría litigios inútiles. , y por lo tanto un tribunal puede concluir que, bajo estas circunstancias, no existe responsabilidad por un daño.

A esta altura, puede resultar evidente por qué la discusión de un tema debería comenzar con una declaración de la norma aplicable. Establecer la regla al comienzo de su respuesta proporciona una hoja de ruta para el resto de su respuesta. Puede continuar consultando la regla para asegurarse de que se analicen todos los elementos de la regla.

Debe finalizar su discusión sobre un tema con una conclusión. Con frecuencia, la conclusión a la que llegue el estudiante no importa, porque los hechos eran tales que más de una conclusión era plausible. La conclusión, sin embargo, debe ser coherente con la discusión.

No se limite a enumerar argumentos sin indicar la conclusión probable. A veces los estudiantes escriben respuestas que dicen así: “La demandante argumentará que fue confinada mientras que el demandado argumentará que no fue confinada. El tribunal decidirá”. Un problema con respuestas como esta es que no identifican los hechos que son relevantes para cada argumento y, por lo tanto, no demuestran su capacidad para construir argumentos utilizando los hechos. Otro problema es que no evalúan la solidez de los argumentos y, por lo tanto, no demuestran su capacidad para ejercer su juicio. Como este libro explica con gran detalle, la aplicación del derecho a los hechos no es un proceso mecánico sino que requiere que el abogado emita juicios. Por lo tanto, un mejor estilo sería algo como esto: “Mientras la severa orden de Kristen al demandante de '¡Quédese en la habitación!' Podría decirse que es un encierro resultante de la intimidación, la puerta permaneció abierta, Kristen abandonó el edificio y en ningún momento amenazó con violencia si el demandante salía de la habitación. Además, los hechos no indican ningún historial previo de violencia por parte de Kristen. Por lo tanto, el tribunal probablemente concluiría que el demandante permaneció en la habitación voluntariamente y no porque interpretó la orden de Kristen como una amenaza o tuvo un temor razonable de violencia si se fuera".

Recuerde que ningún dato aparece en la pregunta del examen por casualidad. Cada dato fue incluido deliberadamente en la pregunta por parte del instructor. Algunos hechos pueden estar ahí sólo para estructurar la trama. Algunos hechos pueden ser “pistas falsas”, hechos irrelevantes que el instructor colocó en el examen hipotético para ver si podrían engañarlo

haciéndole creer que son relevantes. Sin embargo, en la pregunta habrá muchos hechos porque plantean un problema o son útiles para resolverlo. Una vez que haya terminado de escribir su respuesta, revise la pregunta una vez más y pregúntese por qué aparece cada hecho y si los ha utilizado de la manera más efectiva posible para plantear y resolver problemas.

Organiza tu respuesta. Una buena forma de hacerlo es utilizar saltos de párrafo con frecuencia. Coloque la regla en un párrafo separado. Analice cada elemento en un párrafo separado. Ser organizado tiene dos beneficios. En primer lugar, los estudiantes a veces tienen una tendencia a distraerse en su discusión, es decir, a comenzar a discutir un elemento y luego, de repente, pasar a la discusión de otro elemento, después de lo cual pueden regresar al primer elemento. El resultado es que la discusión de un elemento se entrelaza con observaciones irrelevantes sobre un segundo elemento y es posible que el segundo elemento nunca se discuta completamente. Asignar cada elemento a un párrafo separado es una forma de concentrarse en el elemento en discusión. En segundo lugar, escribir una respuesta organizada ayuda al instructor a seguir la lógica de su discusión. Otra forma de organizar tu respuesta es con títulos. Muchos estudiantes comienzan la discusión de cada tema con un título, como "Encarcelamiento falso". Algunos estudiantes incluso comienzan la discusión de cada elemento con un título, como "Confinamiento". Los títulos pueden ser de mayor ayuda para mantenerte enfocado en un elemento particular y alertar al instructor sobre un cambio de tema. También reducen la probabilidad de que el instructor pase por alto su discusión sobre algún punto, una posibilidad real cuando una respuesta completa es un párrafo extremadamente largo.

Su calificación dependerá principalmente de su éxito en identificar todas las cuestiones planteadas por la pregunta, la precisión de sus declaraciones de reglas, la minuciosidad de su discusión al aplicar las reglas y su capacidad para llegar a una conclusión basada en las reglas, las políticas de la ley y los hechos. En particular, debe buscar todos los hechos que puedan utilizarse para argumentar a favor o en contra de las posibles soluciones del problema. Como se analiza a lo largo de este libro, el razonamiento jurídico es, en última instancia, un proceso de argumentación. Por lo tanto, los estudiantes son evaluados sobre la base de su capacidad para construir argumentos utilizando la ley y los hechos. Las mejores respuestas suelen ser las más completas. Su objetivo al escribir la respuesta no es simplemente llegar a una conclusión lo más rápido posible. Más bien, su objetivo es demostrar que sabe pensar como un abogado, que puede utilizar la ley y los hechos para construir argumentos sobre la existencia o no de derechos o deberes particulares en una situación particular. Los casos que has leído y los casos hipotéticos discutidos en clase proporcionan ejemplos de cómo se hace esto en ese tema en particular.

Asegúrese de haber respondido la pregunta formulada y solo la pregunta formulada. No responda la pregunta que desearía que le hicieran. Puede hacer inferencias razonables a partir de los hechos expuestos, pero no puede agregar nuevos hechos a la pregunta. Recuerde que el instructor está comparando respuestas. Otorgarle crédito por discutir temas que no están dentro del alcance de la pregunta sería injusto para otros estudiantes que siguieron las instrucciones y respondieron la pregunta formulada.

II. MEJORAR SU COMPRENSIÓN DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La discusión anterior describió las habilidades más importantes necesarias para aprender a pensar como un estudiante de derecho: informar casos, participar en discusiones en clase, delinear cursos y escribir respuestas a exámenes. Sin embargo, para sobresalir también pueden resultar útiles otras habilidades.

A. Argumentos de política

Por ejemplo, en una etapa temprana de sus carreras, la mayoría de los estudiantes de derecho notan que no importa qué posición adopten en un diálogo socrático, su profesor puede presentar un argumento a favor de una posición competitiva. Como se analiza a lo largo de este libro, la razón es que la ley se basa en conjuntos de políticas en competencia que justifican resultados opuestos. La primera sección del capítulo 6 identifica algunas de las políticas en competencia que surgen con frecuencia en la ley y proporciona algunos argumentos a favor de cada una. Preste especial atención a la parte que trata del formalismo y el instrumentalismo. Esa parte analiza las tensiones en la ley que son especialmente generalizadas.

La siguiente subsección del capítulo 6, "La relación en la teoría entre políticas", es una discusión altamente teórica que esencialmente señala un solo punto: que la ley no puede ser internamente consistente. Es decir, la contradicción está incorporada a la estructura del sistema porque el sistema se basa en políticas opuestas. Por esa razón, la ley nunca quedará completamente resuelta y el proceso de argumentación legal nunca terminará. El resto del capítulo 6 busca explicar cómo el abogado puede utilizar políticas para argumentar a favor de un resultado u otro y predecir la decisión de un tribunal. Debería poder utilizar las políticas identificadas en el capítulo 6 para argumentar ambos lados de muchas de las cuestiones que encontrará en la facultad de derecho.

Luego, los capítulos 7 a 10 brindan una introducción a cuatro de los cursos que todo estudiante de derecho debe aprender: contratos, daños, derecho constitucional y procedimiento civil. Estos capítulos demuestran que las técnicas que se enseñan en este libro, en particular aquellas que implican el uso de políticas para construir argumentos, se aplican por igual a todas las áreas del derecho.

B. Argumentos de hecho

Probar los hechos relevantes es un tema que rara vez se trata en la mayoría de los cursos de las facultades de derecho. Las discusiones en clase y los exámenes utilizan hechos hipotéticos proporcionados por el instructor y que se espera que el estudiante simplemente acepte como verdaderos. De vez en cuando, un estudiante de derecho cuestionará la posibilidad de que un hecho hipotético particular pueda ser cierto, un acto que se conoce como "luchar contra lo hipotético". Luchar contra lo hipotético es una pérdida de tiempo porque la premisa misma de una pregunta hipotética es que los hechos no han sucedido en realidad, pero se supone que han sucedido por el bien de la discusión. En cualquier caso, la capacidad de construir argumentos fácticos es fundamental para la práctica del derecho. Todas las facultades de derecho ofrecen cursos sobre derecho probatorio y práctica procesal, donde los estudiantes aprenden a elaborar argumentos fácticos en el juicio. El capítulo 4 proporciona una introducción a algunos de los problemas de la argumentación fáctica.

C. Críticas al razonamiento jurídico

En algún momento, muchos estudiantes empiezan a preguntarse por qué los abogados piensan como lo hacen. Por ejemplo, esto les sucede a algunos estudiantes cuando comienzan a ver contradicciones en la ley. El capítulo 11 explica la forma particular de razonamiento jurídico dominante que se utiliza hoy en día como resultado de una evolución histórica. Incluso si no siente mucha curiosidad por los orígenes del razonamiento jurídico o no está muy interesado en la historia, es posible que la perspectiva histórica le ayude a comprender mejor el proceso de razonamiento jurídico. Parte de este material se trata con mayor detalle en los cursos de la facultad de derecho sobre historia jurídica o jurisprudencia estadounidense.

No todo el mundo está enteramente satisfecho con la naturaleza del razonamiento jurídico dominante. Los juristas en particular lo han criticado desde diversas perspectivas. El capítulo 12 resume algunas de estas perspectivas contemporáneas sobre el razonamiento jurídico. Parte o la totalidad del material del capítulo 12 se trata con mucho mayor detalle en cursos de perspectiva ofrecidos por muchas facultades de derecho, como jurisprudencia, derecho y economía, teoría jurídica feminista o teoría crítica de la raza.

NOTAS

INTRODUCCIÓN

1 Este ejemplo se basa en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos *Cohen v. Cowles Media Co.* , 501 US 663 (1991).

2 Hay un viejo chiste que refleja esta verdad inalterable. A un matemático, un economista y un abogado se les hace esta pregunta: "¿Cuánto es dos y dos?" El matemático saca papel y lápiz, garabatea un momento y anuncia: "Cuatro". El economista consulta una serie de gráficos, los analiza y finalmente dice: "Bueno, si todas las tendencias actuales continúan, proyecto que la respuesta será cuatro". El abogado se levanta, cierra la puerta, baja las persianas, se inclina hacia el interrogador y le pregunta en un susurro conspirativo: "¿Cuánto quieres que sea?".

CAPÍTULO 1

1 El tema del cambio de jurisprudencia se analiza en el capítulo 5.
2 Por ejemplo, la Comisión Federal de Comercio tiene la autoridad para llevar a cabo una audiencia contradictoria para determinar si una empresa está involucrada en una práctica comercial desleal o engañosa en violación del estatuto federal. Si este procedimiento de agencia determina que el negocio está en violación de la ley, la comisión está facultada para emitir una orden para que el negocio cese la práctica ilegal. Las decisiones de las agencias administrativas están sujetas a revisión por los tribunales federales conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, 5 USC §§ 551-559. En aras de la brevedad, no se analizará más la jurisprudencia administrativa.
3 28 USC § 1652.
4304 Estados Unidos 64 (1938).
5 En aras de la simplicidad, el análisis del procedimiento judicial a lo largo de este capítulo asumirá que la disputa es un caso civil. El procedimiento en un caso penal difiere en numerosos aspectos que aquí se ignorarán para evitar complejidades periféricas a esta discusión.
6 Para un análisis más detallado de la jurisdicción sobre la materia, consulte el capítulo 10.
7 Para un análisis más detallado de la jurisdicción personal, consulte el capítulo 10.
8 Una moción es una solicitud para que el tribunal emita un fallo o una orden. Aunque el fallo del tribunal sobre una moción puede ser oral, si el fallo es importante es probable que el tribunal prepare una opinión escrita explicando su decisión.
9 El tribunal de apelaciones se remite a las conclusiones de hecho realizadas en el tribunal de primera instancia para evitar lo que, en efecto, sería un nuevo juicio de todo el caso. La teoría aquí es la siguiente: debido a que el juez de primera instancia o los miembros del jurado realmente vieron y escucharon a los testigos declarar, están en la mejor situación para evaluar la credibilidad de las pruebas y decidir los hechos. Sin embargo, los jueces de primera instancia no están en mejor posición para decidir la ley que el tribunal de apelaciones. Además, una decisión incorrecta sobre la ley sería vinculante en casos futuros, mientras que una determinación incorrecta de los hechos afecta sólo a un caso y, por lo tanto, es particularmente importante que las cuestiones jurídicas se decidan correctamente. Por estas razones, los tribunales de apelación no remiten a los tribunales de primera instancia las cuestiones de derecho.
10 En un número muy pequeño de casos, la parte perdedora tiene derecho a apelar ante la Corte Suprema y, por lo tanto, no necesita solicitar un certiorari. Más bien, la parte simplemente presenta un aviso de apelación y luego se requiere que la Corte Suprema conozca el caso.
11 También existe la posibilidad de que se aplique la ley de otro país o el derecho internacional. Estas posibilidades plantean problemas demasiado complejos para incluirlos en este estudio introductorio. Por lo tanto, el supuesto utilizado aquí es que las normas

aplicables sobre elección de ley han identificado la ley estadounidense como la ley aplicable.

12 Esta situación se analiza con más detalle al final de este capítulo bajo la doctrina de preferencia.

13 Existe una excepción cuando un tribunal estatal aplica su propio derecho procesal pero utiliza el derecho sustantivo de otro estado. La diferencia entre derecho sustantivo y procesal se analizó al comienzo de la sección 1 de este capítulo.

14 Un ejemplo puede ayudar a aclarar todo esto. Supongamos que Slade, que se encuentra en el estado A, dispara a Tenderfoot, que se encuentra en el estado B. Tenderfoot ahora desea demandar a Slade por agresión. En un caso que involucra lesiones físicas, algunos tribunales aplican la ley del estado donde ocurrió el acto ilícito (en este caso, el estado A). Otros tribunales aplican la ley del estado donde ocurrió la lesión, en este caso el estado B. Por lo tanto, si el La aplicación de la ley del estado A o B depende de en qué tribunal se presente la demanda. Tenderfoot probablemente elegiría el tribunal que aplicaría la ley más favorable. Incluso podría suceder que el estado A aplicara la ley del estado B, mientras que el estado B aplicaría la ley del estado A. En algunos casos, Tenderfoot puede optar por presentar la demanda en el estado C, aunque no tenga nada que ver con la disputa. , porque el estado C aplicaría la ley más favorable.

15 Véase, por ejemplo, *Keene v. Wiggins* , 69 Cal. Aplicación. 3d 308 (1977).

16 Esto no requiere que el abogado estudie cada caso decidido o estatuto promulgado en la jurisdicción. Más bien, a lo largo de los años, los abogados han desarrollado una serie de técnicas de investigación destinadas a identificar con relativa rapidez los estatutos y casos dentro de una jurisdicción determinada que podrían aplicarse de manera plausible a diversos tipos de situaciones. Se supone que si estas técnicas no identifican una ley o un caso, entonces probablemente no sea aplicable. Las técnicas de investigación jurídica son demasiado complejas para resumirlas aquí. Véase, por ejemplo, Christopher G. Wren y Jill Robinson Wren, *The Legal Research Manual* (2ª ed. 1986).

17 Esta afirmación supone que tanto el estatuto como la jurisprudencia fueron emitidos por el mismo soberano. Debido a la Cláusula de Supremacía, los estatutos federales prevalecen sobre toda ley estatal contraria.

18 Aquí uso la palabra *estatuto* en su sentido técnico para referirme a disposiciones legislativas y no a otras formas de ley promulgada.

CAPITULO 2

1 Ésta es la llamada regla de oro de la interpretación legal, que se ha establecido de la siguiente manera: "Está perfectamente establecida la regla general de que, cuando una ley es de significado dudoso y susceptible de dos interpretaciones, el tribunal puede considerar en actos anteriores y contemporáneos, las razones que indujeron al acto en cuestión, los daños que se pretenden remediar, las circunstancias extrañas y el propósito que se pretende lograr con él, para determinar su interpretación adecuada. Pero cuando el acto es claro a primera vista, y por sí solo es bastante susceptible de una sola interpretación, se le debe dar esa interpretación... Toda la doctrina aplicable al tema puede resumirse en la única observación de que se puede hacer referencia a actos anteriores para resolver pero no para crear una ambigüedad" (*Hamilton v. Rathbone* , 175 US 414, 420-421 [1899]).

2 Este ejemplo se inspiró en un conocido caso hipotético sugerido por HLA Hart ("Positivismo y la separación de la ley y la moral", 71 *Harv. L. Rev.* 693 [1958]).

3 Los casos generalmente son vinculantes sólo en la misma jurisdicción, a menos que un tribunal de una segunda jurisdicción esté aplicando la ley de la primera jurisdicción. Así, por ejemplo, las decisiones de los tribunales estatales de Massachusetts no vinculan a los tribunales estatales de California, a menos que California haya decidido aplicar la ley de Massachusetts. (La situación en la que un estado puede aplicar la ley de otro estado se analiza en el capítulo 1.)

4 Las circunstancias en las que es probable que un tribunal cambie la jurisprudencia se analizan en el capítulo 5.

5 La negligencia contributiva es negligencia de la parte perjudicada. La regla tradicional, ahora modificada en casi todas las jurisdicciones, era que una parte cuyo daño era en parte atribuible a la propia negligencia de esa persona no podía recuperar compensación de otra parte cuya negligencia también era una causa parcial del daño. En otras palabras, la negligencia contributiva de la parte perjudicada impidió la recuperación.

6 Podría decirse que existe una tercera posibilidad: que la relación sea prohibitiva; es decir, la relación puede prohibir determinada conducta por parte de determinadas personas. Sin embargo, las prohibiciones y los requisitos pueden considerarse simplemente dos formas diferentes de articular la misma relación. Se puede decir, por ejemplo, que un estudiante debe asistir a la escuela o que tiene prohibido faltar a la escuela. Para simplificar las cosas, el texto trata los requisitos y las prohibiciones como conceptualmente indistintos y se refiere a ellos colectivamente como requisitos.

CAPÍTULO 3

1 El análisis, la síntesis y la aplicación de políticas se analizan en detalle en el capítulo 6.
2 La terminología utilizada para describir las relaciones es mía. Se ha escrito muy poco sobre cómo realizar la tarea de organizar reglas según su relación entre sí y, por lo tanto, no existe una terminología ampliamente aceptada para estas relaciones.
3 Véase el capítulo 1.
4 La técnica de anulación sub *silentio* se analiza en la sección 5 del capítulo 5.
5 Véase, por ejemplo, *Rankin v. McPherson* , 483 US 378 (1987).
6 Véase, por ejemplo, *Rust v. Sullivan* , 500 US 173 (1991).
7 Como se verá en el capítulo 5, dado que no hay dos casos exactamente iguales, técnicamente todos los casos carecen de precedentes. Sin embargo, como también se explica en el capítulo 5, la mayoría de los abogados considerarán que un caso es un precedente para otro si los dos casos no difieren en ningún aspecto que sea relevante para una política subyacente. A veces los abogados pueden persuadir a un tribunal de que un caso es un precedente para otro describiéndolo con un nivel de generalidad tan alto que cualquier diferencia queda eludida.
8 Otra forma importante de resolver una disputa para la cual no existe una regla obviamente aplicable es crear una analogía entre la situación nueva y otra situación para la cual sí existen reglas. El uso de analogías para decidir casos se analiza en el capítulo 5.
9 Véase, por ejemplo, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, "The Right of Privacy", 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890); y LL Fuller y William R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale LJ* 52, 373 (1936, 1937).
10 En este libro, analizo tres procesos lógicos diferentes: inducción, deducción y analogía. Los dos últimos se analizan extensamente en el capítulo 5.
En términos generales, defino *la inducción* como el proceso de razonamiento a partir de casos específicos hasta una regla general. Defino *la deducción* como el razonamiento a partir de una regla general para un caso específico. Defino *la analogía* como el proceso de razonamiento de un caso específico a otro caso específico.
Reconozco que algunos lógicos considerarían estas definiciones técnicamente inexactas. Sin embargo, las definiciones sirven a mi propósito, que es demostrar que los abogados razonan de tres maneras diferentes: a veces usando casos específicos para crear una regla general, a veces usando una regla general para decidir casos específicos y a veces usando un caso específico para decidir. otro caso concreto.
11 Como se señaló en el capítulo 2, cualquier declaración de un tribunal de que un hecho es necesario para su determinación puede considerarse técnicamente como un dictamen. La discusión política aquí, sin embargo, proporciona una base para argumentar no sólo que no es necesario seguir la declaración anterior sino que no debería seguirse.
12 Las razones por las que los tribunales se muestran reacios a dictar nuevas leyes se resumen en el capítulo 2, en el análisis de la sentencia y el dictamen.

CAPÍTULO 4

1 Aunque, como se explicó en el capítulo 1, en muchos juicios no se nombra jurado y el juez decide todas las cuestiones de hecho, en aras de la simplicidad, la discusión en el resto de este capítulo generalmente se refiere sólo al proceso de presentación de pruebas al jurado. Sin embargo, a menos que se indique lo contrario, la discusión se aplica igualmente a la presentación de pruebas a un juez que determina los hechos.

2 Es, por supuesto, el juez quien decide si se admitirán pruebas en el juicio. Cuando el juez determina los hechos y dictamina que determinadas pruebas son inadmisibles, es muy obvio que ese juez debe escuchar las pruebas para decidir sobre su admisibilidad, pero, al menos en teoría, el juez ignorará cualquier prueba que tenga. declarado inadmisible.

3 Existe al menos otro cuerpo legal común, además de la prueba, que regula la investigación de hechos. Como se analizó en el capítulo 1, las normas procesales que rigen los litigios civiles y penales suelen contener normas de descubrimiento. Según estas reglas de descubrimiento, una parte puede obligar a la otra a proporcionar ciertos tipos de información cuando la solicite. Estas reglas, por supuesto, son útiles en la investigación de hechos sólo cuando el cliente ya ha iniciado el litigio.

Además, el hecho de que el abogado haya obtenido la información mediante prueba de descubrimiento no significa que sea admisible. Cada elemento de información obtenido será admitido en el juicio sólo si es admisible según las reglas de la prueba.

Aunque en teoría el abogado, antes del litigio, ha investigado los hechos para determinar los derechos y deberes del cliente, el proceso de descubrimiento produce tanta información que de otro modo no estaría disponible que al final del descubrimiento los hechos pueden verse muy diferentes a como eran antes del comienzo. de litigio. Además, el abogado podrá conocer aún más hechos una vez que comience el juicio. Debido a que la información disponible cambia, el abogado involucrado en un litigio a menudo debe volver a aplicar la ley continuamente a la última versión de los hechos para determinar si su razonamiento anterior sigue siendo sólido.

4 Para un análisis más detallado del problema de que las reglas a menudo conducen a la injusticia en casos particulares, véase el capítulo 6.

5 Es posible que la fiscalía quiera probar que Marsha es una testigo renuente por diversas razones. Primero, en la medida en que ella incrimine al acusado, el jurado puede darle a su testimonio un peso especial bajo el supuesto de que quien testifica bajo riesgo personal debe estar diciendo la verdad. En segundo lugar, en la medida en que tiende a exonerar al acusado, el jurado puede no creerle porque supone que está demasiado asustada para testificar con sinceridad. En tercer lugar, si ella es una testigo renuente, el tribunal puede permitir que el fiscal haga preguntas capciosas, permitiendo así a la fiscalía controlar su testimonio más estrictamente.

6 Para un excelente análisis de estos problemas y su relación con la carga de la prueba, véase Kathleen Freeman y Arthur M. Farley, “A Model of Argumentation and Its Application

to Legal Reasoning", 4 Artificial Intelligence and Law 163 (1997), *reimpreso* . en Henry Prakken y Giovanni Sartor, *Modelos lógicos de argumentación jurídica* (1997), 1.

7 Estas mociones se analizan en la sección 1 del capítulo 1.

8 Esta idea está profundamente arraigada en el derecho angloamericano. Sir William Blackstone escribió en 1769 en sus famosos *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra* que "la ley sostiene que es mejor que diez culpables escapen a que un inocente sufra".

9 El experimento se describe en Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski y Andrew J. Wistrich, "Inside the Judicial Mind", 86 *Corn. L. Rev.* (2001): 777, 788-789.

10 Véase, por ejemplo, D. Ariely, Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions, edición revisada y ampliada (2010); S. Plous, La psicología del juicio y la toma de decisiones (1993); y T. Gilovich, D. Griffin y D. Kahneman, eds., Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment (2002).

CAPÍTULO 5

1 Una de las declaraciones más famosas de esta posición es la del profesor de Derecho de Harvard Lon Fuller. Véase Lon L. Fuller, "Positivismo y fidelidad al derecho: una respuesta al profesor Hart", 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958).

2 Como se explicó en el capítulo 3 (nota 10), algunos lógicos considerarían que mi uso de los términos *inducción* , *deducción* y *analogía* es técnicamente inexacto. He utilizado estos términos, sin embargo, para demostrar que el razonamiento jurídico tiene tres modos diferentes: pasar de casos específicos a una regla general (inducción), pasar de una regla general a un caso específico (deducción) y pasar de un caso específico a un caso específico. otro caso específico (analogía).

3 Las razones para escribir reglas en términos tan generales se analizan en el capítulo 1. También se analizan en los capítulos 6 y 11 bajo el tema del formalismo.

4 Las normas jurídicas se analizan con más detalle en el capítulo 6, bajo el título "Instrumentalismo y formalismo".

5 Decidir qué características tienen en común varios elementos de una lista a los efectos de aplicar la doctrina de *ejusdem generis* es un proceso similar a decidir qué características tienen en común varios casos a los efectos de crear una nueva regla mediante un razonamiento jurídico en forma inductiva. Este último proceso y los problemas de juicio involucrados se analizan en el capítulo 3.

6 Karl Llewellyn, "Observaciones sobre la teoría de la decisión en apelación y las reglas o cánones sobre cómo deben interpretarse los estatutos", 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950): 401-405.

7 La regla que el tribunal realmente aplicaría en este caso consideraría si la prohibición del altavoz sirve estrictamente a un interés estatal significativo y deja abiertos amplios canales alternativos de comunicación. Es decir, el tribunal debe considerar primero si preservar la tranquilidad es lo suficientemente importante como para ser considerado un interés significativo. De lo contrario, prevalecerá la política de libertad de expresión, porque es mucho más importante que un interés estatal que no es significativo. A continuación, el tribunal debe considerar si la prohibición está estrictamente diseñada para servir al interés del Estado en materia de tranquilidad. Es decir, el tribunal debe determinar si la prohibición promueve suficientemente el interés en la tranquilidad, sin suprimir demasiado el discurso. Finalmente, el tribunal debe considerar si la prohibición deja abiertos amplios canales de comunicación alternativos. Esta consideración final, combinada con el requisito de que la prohibición sea estricta, garantiza que la prohibición no obstaculice demasiado la libertad de expresión. Así, el tribunal ha considerado el peso otorgado a las políticas, así como el grado en que la prohibición promueve la política de tranquilidad e impide la política de libertad de expresión, es decir, la relación entre fines y medios. Se requieren ambos tipos de sentencias para decidir el caso.

8 El método utilizado para identificar los hechos dispositivos en un caso se analiza en el capítulo 2.

9 Ver Secciones IE2 y IF

10 El primer caso de este ejemplo se basa en *FCC v. Pacifica Foundation* , 438 US 726 (1978), en el que la Corte Suprema sostuvo que la Comisión Federal de Comunicaciones podría, de conformidad con la garantía de libertad de expresión de la Primera Enmienda, regular la emisión de una estación de radio. Transmisión de la rutina de comedia de George Carlin sobre las siete malas palabras que no puedes decir en televisión. La justificación de la decisión fue que el reglamento promovería la política de protección de los niños. El segundo caso se basa en una pregunta hipotética planteada por Doc Anderson, uno de mis antiguos estudiantes de derecho constitucional.

11 Los fundamentos de estas diversas mociones se analizan en el capítulo 1.

12 El juicio sumario se analiza en el capítulo 1.

13 Véase, por ejemplo, *Basso v. Miller* , 40 NY 2d 233, 386 NYS 2d 564, 352 NE 2d 868 (1976).

14 Este ejemplo se basa en *Fuentes v. Shevin* , 407 US 67 (1972), y *Mitchell v. WT Grant Co.* , 416 US 600 (1974).

15 Si ningún caso futuro sigue la regla anterior, un abogado bien puede concluir que el caso anterior se ha limitado a sus hechos.

CAPÍTULO 6

1 La terminología empleada aquí se basa en el innovador artículo del profesor Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 88 *Harv. L. Rev.* 1685 (1976), aunque no pretendo estar usando los términos precisamente como lo hizo el profesor Kennedy. Además, los tribunales no utilizan necesariamente estos mismos términos, incluso cuando se refieren al mismo concepto. Como no existe una teoría general de análisis de políticas ampliamente aceptada, no se dispone de una terminología estándar.

2 Durante mucho tiempo se ha supuesto que el common law representa la voluntad popular, aunque lo elaboran jueces y no legisladores electos. Esta suposición de consentimiento popular en los Estados Unidos puede justificarse por el hecho de que en muchos estados el derecho consuetudinario de Inglaterra fue aceptado por una disposición constitucional estatal o una disposición legislativa y que en todos los estados la legislatura puede cambiar el derecho consuetudinario en cualquier momento. .

3 Este ejemplo hipotético se basa en *Williams v. Walker-Thomas Furniture Company* , 350 F. 2d 445 (DC Cir. 1965). Los hechos han sido modificados, aunque la disposición del contrato es esencialmente la misma que la que se discute en el caso *Williams* .

4 Este ejemplo se basa muy vagamente en los hechos de *Smith v. Leech Brain & Co.* , 2 QB 405 (1962).

5 Para un análisis de cómo la creencia en los derechos absolutos de propiedad resultó inviable, véase Kenneth J. Vandevelde, "The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property", 29 Buff *. L. Rev.* 325 (1981).

6 Este ejemplo se basa en los hechos de *Slocum v. Metropolitan Life Ins. Co.* , 245 Mass. 565 (1932), discutido en H. Hart y A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (1994), 76. Véase también *Riggs v. Palmer* , 22 NE 188 (Nueva York 1889).

7 Este ejemplo lo sugieren los casos de *Martin v. Herzog* , 228 NY 164, 126 NE 814 (1920); y *Tedla contra Ellman* , 280 NY 124, 19 NE 2d 987 (1939).

8 Véase, por ejemplo, *Doe v. Miles Laboratories, Inc.* , 675 F. Supp. 1466 (D. Md. 1987), que considera que exigir a un fabricante que compense a un consumidor perjudicado por el producto del fabricante, incluso cuando el fabricante no fue negligente de ninguna manera, es justo y eficiente.

9 Algunos estudios han sugerido que la ideología personal es el factor más importante para predecir las decisiones de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos y, en particular, es más importante que los precedentes. Véase, por ejemplo, J. Segal y H. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2004); y L. Baum, *El rompecabezas del comportamiento judicial* (1997).

10 La *Harvard Law Review* publica anualmente una tabla que indica el porcentaje de veces que cada juez votó consistentemente entre sí durante el mandato anterior.

11 Como se señaló en el capítulo 2, bajo el concepto de stare decisis, se valora más la coherencia que alcanzar un resultado sólido en cada caso individual.

CAPÍTULO 7

1 Podría decirse que existe una tercera situación: bajo la doctrina del cuasi contrato. La doctrina del cuasi contrato crea un deber legal de pagar una compensación por bienes o servicios que se impone al destinatario de esos bienes o servicios con el fin de evitar un enriquecimiento injusto. Por ejemplo, supongamos que un mecánico de automóviles repara un automóvil bajo la creencia errónea de que el propietario del automóvil ha solicitado el servicio. Aunque las partes nunca llegaron a un acuerdo, el tribunal puede imponer al propietario del vehículo la obligación de compensar al mecánico. De lo contrario, se permitiría al propietario retener injustamente los beneficios del servicio prestado.
A menudo se dice que el cuasi contrato se parece más a un deber extracontractual que a un deber contractual porque lo impone un tribunal para evitar la injusticia y porque no se basa en un acuerdo. Por razones de espacio, el cuasi contrato no se considera aquí más a fondo.
2 Véase, en general, Grant Gilmore, *The Death of Contract* (1974).
3 Véase, por ejemplo, Charles Fried, *El contrato como promesa* (1981).
4 El vínculo entre previsibilidad e individualismo se analiza más adelante en este capítulo y nuevamente en el capítulo 8.
5 Estas promesas implícitas en la ley deben distinguirse de las promesas implícitas en los hechos. Estas últimas son promesas que las partes realmente se hacen entre sí, aunque lo hacen a través de una conducta más que de un lenguaje explícito.
6 Los tribunales a veces conceden lo que se conoce como daños incidentales. Estos daños también deben ser atribuibles o resultado del incumplimiento, pero técnicamente no se denominan daños consecuentes.
7 Véase *Hadley v. Baxendale* , 9 Exch. 341 (1854).

CAPÍTULO 8

1 *Garratt contra Dailey* , 46 Wash. 2d 197, 279 P. 2d 1091 (1955); *Cleveland Park Club contra Perry* , 165 A. 2d 485 (1960).
2 Véase *McAdams v. Windham* , 208 Alabama 492, 94 So. 2d 742, 30 ALR 194 (1922).
3 Véase el capítulo 6.
4 Véase Morton Horwitz, The Transformation of American Law, 1780-1860 (1977), 85-108.
5 Aunque el término *negligencia* aparece en decisiones anteriores al siglo XIX, el profesor Horwitz ha argumentado que la negligencia en esos casos se refería al incumplimiento de un deber específico impuesto por ley o contrato, más que a la falta de ejercicio de un cuidado razonable. En otras palabras, negligencia significaba incumplimiento y no malversación.
6 Véase, por ejemplo, *Union Oil v. Oppen* , 501 F. 2d 558 (9th Cir. 1974) (que permite a los pescadores comerciales recuperar las ganancias perdidas causadas por un derrame de petróleo); y *Dillon contra Legg* , 68 Cal. 2d 728, 69Cal. Rptr. 72, 441 P. 2d 912, 29 ALR 3d 1316 (1968) (que permite a una madre recuperarse de la angustia emocional infligida por la muerte de su hijo, que fue asesinado por un conductor de automóvil negligente).
7 Véase el capítulo 7.
8 Véase *Estados Unidos contra Carroll Towing Co.* , 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).
9 El cambio hacia la responsabilidad objetiva en cualquier contexto particular, por supuesto, también podría reflejar un cambio hacia teorías de justicia basadas en derechos y un alejamiento del utilitarismo.
10 Véase, por ejemplo, *Phillips v. Kimwood Machine Co.* , 269 Or. 485, 525 pág. 2d 1033 (1974).
11 Véase, por ejemplo, *Barker v. Lull Engineering* , 20 Cal. 3d 413, 143 Cal. Rptr. 225, 573 pág. 2d 443 (1978).

CAPÍTULO 9

1 Como observó en 1907 (cuando era gobernador republicano de Nueva York) Charles Evan Hughes, quien más tarde se convertiría en presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es. " Véase también David A. Strauss, “Common Law Constitutional Interpretation”, 63 *U. Chi. L. Rev.* 877 (1996).

2 Véase *Griswold contra Connecticut* , 381 US 479 (1965).

3 Véanse los capítulos 2, 5 y 6.

4 Como se señaló en el capítulo 1, un poder –al igual que un derecho o un deber– es un tipo de relación jurídica creada por reglas.

5 *Gibbons contra Ogden* , 22 US 1 (1824).

6 Véase Estados Unidos contra EC Knight Co. , 156 US 1 (1895).

7 NLRB contra Jones & Laughlin Steel Corp. , 310 US 1 (1937); Wickard contra Filburn , 317 US 111 (1942).

8 Estados Unidos contra Morrison , 529 US 598 (2000).

9 *Estados Unidos contra Darby* , 312 US 100 (1941).

10 Como se sugirió anteriormente en relación con la discusión del caso *Morrison* , a mediados de la década de 1990, el consenso a favor de ampliar el poder federal para regular el comercio interestatal se estaba debilitando. Así, en el *caso Morrison* , la Corte Suprema invalidó un estatuto federal que protegía a las mujeres contra la violencia basándose en que excedía el poder federal bajo la cláusula de comercio. No está claro hasta qué punto llegará la Corte para revertir la expansión del poder federal bajo la cláusula de comercio. Por ejemplo, cinco años después de que se falló sobre *Morrison , la Corte en Gonzales v. Raich* (545 US 1 [2005]) confirmó un estatuto federal que prohibía el cultivo y posesión de pequeñas cantidades de marihuana con fines médicos. Al considerarlo así, el Tribunal comparó el crecimiento de la marihuana para consumo doméstico con el crecimiento del trigo para consumo doméstico, que el Tribunal consideró que estaba dentro del poder del Congreso para regularlo en *Wickard v. Filburn* , discutido anteriormente. Así, *Gonzales* reafirmó que *Wickard* , un caso que amplió significativamente el poder federal bajo la cláusula de comercio, todavía era una buena ley.

11 Véase *Calder contra Bull* , 3 US 386 (1798).

12 La Corte Suprema ha sostenido que la promulgación de la Decimocuarta Enmienda resultó en la aplicación de la Primera Enmienda tanto a los estados como al gobierno federal. Véase *Gitlow contra Nueva York* , 268 US 652 (1925).

13 Véase *Tinker v. Distrito Escolar Comunitario Independiente de Des Moines.* , 393 US 503 (1969) (llevando un brazalete negro para protestar contra la guerra de Vietnam), y *Texas v. Johnson* , 491 US 397 (1989) (quemando una bandera para protestar contra las políticas de la administración Reagan).

14 Véase Miller contra California , 413 US 15 (1973).

15 *Jacobellis contra Ohio* , 378 US 184, 197 (1964).

16 Técnicamente, hay dos cláusulas de debido proceso: una en la Quinta Enmienda y otra en la Decimocuarta Enmienda. El primero se aplica al gobierno federal, mientras que el segundo se aplica a los estados. La esencia de las cláusulas es la misma y aquí se las trata como si constituyeran una sola cláusula.

17 *Moore contra East Cleveland* , 431 US 494, 503 (1977); *Bowers contra Hardwick* , 478 US 186, 199 (1986) (Blackmun, J., disidente). El lenguaje citado de *Bowers* no proviene de la opinión mayoritaria sino del desacuerdo del juez Blackmun. La decisión *de Bowers* fue revocada en *Lawrence v. Texas* (539 US 558 [2003]), donde la Corte, de hecho, adoptó la posición del juez Blackmun (aunque no su lenguaje) en *Bowers* .

18 *Griswold contra Connecticut* , 381 US 479 (1965) (anticoncepción); *Roe v. Wade* , 410 US 113 (1973) (aborto). Recuerde la discusión del capítulo 2 sobre el hecho de que el término *derecho* o *deber* puede referirse colectivamente a varios derechos o deberes más específicos.

19 *Michael H. contra Gerald D.* , 491 US 110, 127n6 (1989).

20 *Zablocki contra Redhail* , 434 US 374 (1978). El estatuto fue impugnado por violar tanto el debido proceso como las cláusulas de igual protección. La cláusula de igual protección impone pruebas de fines y medios muy similares a las impuestas por la doctrina del debido proceso sustantivo. En última instancia, la Corte Suprema sostuvo que la ley violaba la cláusula de igualdad de protección. Sin embargo, el caso se analiza aquí porque su razonamiento es igualmente aplicable a una discusión sobre el debido proceso sustantivo.

CAPÍTULO 10

1 La versión actual está codificada en 28 USC § 2072.
2 Como se explicó en el capítulo 2, un poder, al igual que un derecho o un deber, es un tipo de relación jurídica creada por reglas.
3 Como se señaló en el capítulo 9, la Constitución tiene dos cláusulas de debido proceso, una en la Quinta Enmienda y la otra en la Decimocuarta Enmienda. El primero se aplica al gobierno federal, mientras que el segundo se aplica a los gobiernos estatales. Se tratan aquí como una cláusula única.
4 *Pennoyer contra Neff* , 95 US 714 (1877).
5 *Hess contra Pawlowski* , 274 US 352 (1927).
6 El uso de ficciones jurídicas se analiza en el capítulo 5.
7 International Shoe Co. contra el estado de Washington , 326 US 310 (1945).
8 Véase, por ejemplo, Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co. , 342 US 437 (1952).
9 World-Wide Volkswagen Corp. contra Woodson , 444 US 286 (1980).
10 El "estado del foro" es el estado en el que se encuentra el tribunal que resuelve el caso.
11 Asahi Metal Industry Co., Ltd. contra el Tribunal Superior , 480 US 102 (1987).
12 Para una discusión más completa, ver Kenneth J. Vandevelde, "Ideology, Due Process, and Civil Procedimiento", 67 *St. John's L. Rev.* 265 (1993).
13 Véanse los capítulos 7 y 8.
14 El término *jurisdicción general* , cuando se usa en el contexto de la jurisdicción material, tiene un significado diferente que cuando se usa en el contexto de la jurisdicción personal.
15 El federalismo se analiza con mayor detalle en el capítulo 9.
16 28 USC § 1331.
17 Véase American Well Works Co. contra Layne & Bowler Co. , 241 US 257 (1916).
18 Véase Smith contra Kansas City Title & Trust Co. , 255 US 180 (1921).
19 Véase Louisville & Nashville Railroad Company contra Mottley , 211 US 149 (1908).
20 Véase el capítulo 9.
21 28 USC § 1332.
22 Véase *Strawbridge contra Curtiss* , 7 US (3 Cranch) 267 (1806). La Constitución habría permitido al Congreso conferir a los tribunales de distrito federal poder sobre demandas en las que la diversidad no era completa, pero el Congreso decidió no hacerlo. Consulte *Incendios y casos de State Farm. Co. contra Tashire* , 386 US 523 (1967).

CAPÍTULO 11

1 Aunque el common law fue creado por jueces y no por una legislatura electa, después de la Revolución fue incorporado explícitamente al derecho de la mayoría de los estados mediante una disposición constitucional o estatutaria adoptada mediante procesos democráticos. Además, en todos los estados, según la doctrina de la separación de poderes, el legislativo tiene la facultad de modificar o rechazar cualquier parte del derecho consuetudinario. En estas circunstancias, los teóricos de principios del siglo XIX tuvieron pocas dificultades para conceptualizar el common law como basado en el consentimiento popular.

2 *Citado en W. Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement (1973), 12.*

3 *C. Langdell, Selección de casos sobre el derecho de contratos (1871), viii.*

4 *Lochner contra Nueva York* , 198 US 45 (1905).

5 Ibíd., en 75.

6 Ibíd., en 76.

7 O. Holmes, *The Common Law* (Howe ed., 1963), 5.

8 Entre los realistas más destacados se encontraban Karl Llewellyn, Jerome Frank, Walter Wheeler Cook, Arthur Corbin, Hessel E. Yntema, Underhill Moore, Herman Oliphant y William O. Douglas.

9 Véase Vandevelde, "New Property of the Nineteenth Century" (ver cap. 6, n. 5).

10 Felix Cohen, "El disparate trascendental y el enfoque funcional", 35 *Colum. L. Rev.* 809 (1935).

CAPITULO 12

1 Ronald Coase, "El problema del costo social", 3 *JL & Econ.* 1 (1960).
2 Véase, por ejemplo, JF Shogren et al., "Resolving Differences in Willingness to Pay and Willingness to Accept", 84 *American Economic Review* 255 (1994). En un estudio típico, los participantes se dividen en dos grupos. A un grupo se le entrega algún objeto, como por ejemplo un bonito bolígrafo. Se les pide que especifiquen el precio al que venderían el bolígrafo. Al otro grupo se le pide que especifique el precio al que comprarían el bolígrafo. Quienes tienen el bolígrafo le dan un valor mucho mayor que quienes no lo tienen. Se han propuesto diversas teorías para explicar este llamado efecto de dotación. Una teoría, por ejemplo, es que las pérdidas son más importantes que las ganancias. Otra es que las personas tienen aversión al riesgo, lo que hace que ambas partes eviten la transacción: el vendedor lo hace exigiendo un precio alto y el comprador ofreciendo un precio bajo. Otra más es que las personas forman vínculos emocionales con sus derechos, una vez que los tienen, y por lo tanto les otorgan un mayor valor que las personas que aún no los tienen.
3 Véase, por ejemplo, *Merritt v. Faulkner* , 697 F. 2d 761 (7th Cir. 1983) (Posner, J., disidente). Este caso involucró a un recluso, Billy Merritt, quien accidentalmente se lastimó el ojo izquierdo. Cuando se quejó de visión borrosa, un médico de la prisión envió a Merritt a un hospital para recibir tratamiento. El hospital realizó un procedimiento en el ojo equivocado y Merritt quedó funcionalmente ciego de ambos ojos. El tribunal de apelaciones sostuvo que Merritt tenía derecho a un abogado designado por el tribunal, quien negoció un acuerdo para Merritt en virtud del cual el estado acordó brindar atención oftalmológica a Merritt y el abogado de Merritt acordó no aceptar honorarios por sus servicios. El juez Posner, aplicando un análisis jurídico y económico, discrepó de la decisión del tribunal de que Merritt tenía derecho a un abogado designado por el tribunal. Posteriormente, Merritt fue examinado por especialistas, quienes determinaron que su ceguera era incurable. Con la ayuda de nuevos abogados, Merritt pidió al tribunal que ordenara que no se ejecutara el acuerdo de conciliación, pero el tribunal determinó que el acuerdo cumplía los requisitos de un contrato vinculante. Véase *Merritt contra Faulkner* , 823 F. 2d 1150 (7th Cir. 1987).
4 La fórmula de la mano se analiza en el capítulo 8.
5 Esta es la tesis de que cada dólar adicional recibido por alguien tiene menos valor para esa persona que cada uno de los dólares ganados anteriormente, de modo que una mujer rica le da menos valor a un dólar que una mujer pobre.
6 La técnica de demostrar que las políticas que se cree que justifican una regla pueden usarse para justificar la regla opuesta fue a veces descrita por los partidarios de la CLS como "inversión". Por ejemplo, como se señaló en el capítulo 6, una política de protección de los consumidores podría usarse para oponerse a los términos severos en el contrato de venta de un comerciante, pero también podría usarse para respaldar esos mismos términos basándose en que los términos severos permiten al comerciante reducir su precio. precios y vender a consumidores que corren un riesgo crediticio malo y que, por lo tanto, no

podrían comprar el producto de otro modo. La política proconsumidor se invierte de modo que parece apoyar los términos duros.

7 Véase, por ejemplo, *Craig v. Boren* , 429 US 190 (1976). *Craig* fue el primer caso de la Corte Suprema que adoptó explícitamente este estándar más riguroso para examinar la discriminación de género. Irónicamente, el caso involucraba una ley que discriminaba a los hombres.

8 *Geduldig contra Aiello* , 417 US 484 (1974).

9 *Plessy contra Ferguson* , 163 US 537 (1896).

10 El uso del término *individualista* no pretende sugerir que quienes fundaron la República fueran libertarios del laissez-faire. La sociedad estadounidense primitiva, particularmente en cuestiones económicas, estaba ampliamente regulada.

APÉNDICE

1 Existe una parodia clásica del método socrático en la que el profesor pregunta a una alumna si ha leído el caso asignado. Cuando el estudiante responde que sí, el profesor responde: “Bien. Ahora dime. ¿Que estoy pensando?" Sospecho que los estudiantes de derecho parecen disfrutar de esta pieza particular de sátira, porque capta su sensación de perplejidad en ocasiones sobre lo que el método socrático está tratando de lograr.

2 En la mayoría de las clases de primer año, los profesores no esperan que los estudiantes discutan casos particulares por su nombre. Muchos de los casos del libro de casos se seleccionan por su valor pedagógico más que porque sean casos famosos que los estudiantes deban recordar. Por tanto, los profesores ponen más énfasis en las reglas, los fundamentos de las reglas y el método de aplicación de las reglas que en los nombres de casos particulares. Sin embargo, en algunos cursos los nombres de los casos son importantes. Por ejemplo, en derecho constitucional, los estudiantes leen casi exclusivamente decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, incluidas algunas de las decisiones más importantes de la historia estadounidense. Por lo tanto, se espera que los estudiantes de derecho constitucional estén familiarizados con al menos algunos de los casos por su nombre. Sin embargo, en cualquier curso, si los hechos de la pregunta del examen parecen análogos a los hechos de un caso que usted ha leído, notar la analogía y usarla como base para argumentar a favor de un resultado particular puede fortalecer su respuesta.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

LIBROS

B. Ackerman, Reconstrucción del derecho estadounidense (1984).
L. Alexander y E. Sherwin, Desmitificando el razonamiento jurídico (2008).
———, El imperio de las reglas: moralidad, reglas y los dilemas del derecho (2001).
A. Altman, Estudios jurídicos críticos: una crítica liberal (1990).
P. Atiyah & R. Summers, Forma y sustancia en el derecho angloamericano (1987).
G. Binder y R. Weisberg, Críticas literarias del derecho (2000).
M. Brint y W. Weaver, eds., Pragmatismo en el derecho y la sociedad (1991).
S. Burton, Introducción al derecho y al razonamiento jurídico (3ª ed. 2007).
L. Carter y T. Burke, La razón en el derecho (7ª ed. 2005).
M. Chamallas, Introducción a la teoría jurídica feminista (2003).
J. Covington Jr., La estructura del argumento y la prueba jurídicos (1993).
K. Crenshaw, Teoría crítica de la raza: los escritos clave que formaron el movimiento (1996).
R. Delgado y J. Stefancic, Teoría crítica de la raza: la vanguardia (2ª ed. 2000).
M. Dickstein, El resurgimiento del pragmatismo: nuevos ensayos sobre el pensamiento social, el derecho y la cultura (1998).
N. Duxbury, Patrones de jurisprudencia estadounidense (1995).
R. Dworkin, El imperio de la ley (1986).
———, Una cuestión de principios (1985).
———, Tomando los derechos en serio (1977).
M. Eisenberg, La naturaleza del derecho consuetudinario (1988).
W. Eskridge, P. Frickey y E. Garrett, Legislación e interpretación estatutaria (2ª ed. 2006).
D. Farber y S. Sherry, Más allá de toda razón: el asalto radical a la verdad en el derecho estadounidense (1997).
L. Fuller, La moralidad del derecho (ed. rev. 1969).
G. Gilmore, Las edades del derecho estadounidense (1977).
T. Gilovich, D. Griffin y D. Kahneman, eds., Heurísticas y sesgos: la psicología del juicio intuitivo (2002).
J. Harrison y J. Theeuwes, Derecho y economía (2008).
H. Hart y A. Sacks, El proceso legal (1994).
HLA Hart, El concepto de derecho (1961).
J. Herget, Jurisprudencia estadounidense, 1870-1970: una historia (1990).
M. Horwitz, La transformación del derecho estadounidense, 1780-1860 (1977).
———, La transformación del derecho estadounidense, 1870-1960 (1992).
W. Huhn, Los cinco tipos de argumentos jurídicos (2ª ed. 2008).
D. Kairys, ed., La política del derecho: una crítica progresista (3ª ed. 1998).
M. Kelman, Guía de estudios jurídicos críticos (1987).
D. Kennedy y W. Fisher IIII, Cánones del pensamiento jurídico estadounidense (2006).
E. Levi, Introducción al razonamiento jurídico (1949).

D. Litowitz, Filosofía y derecho posmodernos (1997).
K. Llewellyn, La zarza (1930).
D. Luban, Modernismo jurídico (1994).
R. Malloy, Derecho y economía de mercado (2000).
N. Mercuro y S. Medema, Economía y derecho: de Posner al posmodernismo (1997).
E. Mertz, El lenguaje de la facultad de derecho: aprender a "pensar como un abogado" (2007).
A. Polinsky, Introducción al derecho y la economía (3ª ed. 2003).
S. Popkin, Historia y teoría de la interpretación legal (1999).
R. Posner, Análisis económico del derecho (7ª ed. 2007).
———, Cómo piensan los jueces (2008).
———, Derecho, pragmatismo y democracia (2003).
E. Purcell, La crisis de la teoría democrática (1973).
M. Radin, Reinterpretación de la propiedad (1993).
A. Scalia, Una cuestión de interpretación: los tribunales federales y la ley (1997).
A. Scalia y B. Garner, Cómo defender su caso: el arte de persuadir a los jueces (2008).
F. Schauer, Pensar como abogado (2009).
C. Sunstein, Razonamiento jurídico y conflicto político (1996).
———, Un caso a la vez (1999).
W. Twining y D. Miers, Cómo hacer cosas con reglas (4ª ed. 1999).
R. Unger, El movimiento de estudios jurídicos críticos (1986).
———, Conocimiento y Política (1975).
F. Valdés, J. Culp y A. Harris, Encrucijadas, direcciones y una nueva teoría crítica de la raza (2002).
L. Weinreb, Razón jurídica: el uso de la analogía en la argumentación jurídica (2005).
DK Weisberg, Teoría jurídica feminista: fundamentos (1993).
G. White, Patrones de pensamiento jurídico estadounidense (1978).
A. Wing, Feminismo racial crítico: un lector (2ª ed. 2003).

ARTÍCULOS

Abramowicz y Stearns, *Definiendo Dicta,* 57 Stan. L.Rev.953 (2005).
Ackerman, Derecho, economía y el problema de la cultura jurídica, 1986 Duke LJ 929 (1989).
Alexander, *Malos comienzos,* 145 U. Pa. L. Rev. 57 (1996).
———, *La banalidad del razonamiento jurídico,* 73 Notre Dame L. Rev. 517 (1998).
———, *Restringido por el precedente,* 63 S. Cal. L. Rev. 1 (1989).
Alexander y Sherwin, *La naturaleza engañosa de las reglas,* 142 U. Pa. L. Rev. 1191 (1994).
Allen y Pardo, *El mito de la distinción entre ley y hecho,* 97 Nw. UL Rev. 1769 (2003).
Balkin, La estructura cristalina del pensamiento jurídico, 39 Rutgers L. Rev. 1 (1986).
Blatt, La historia de la interpretación legal, 6 Cardozo L. Rev. 799 (1985).
Boyle, *La anatomía de una clase de agravios,* 34 am. UL Rev. 1003 (1985).
———, *La política de la razón,* 133 U. Pa. L. Rev. 685 (1985).
Brest, *Interpretación e interés,* 34 Stan. L. Rev. 765 (1982).
Brewer, Razonamiento ejemplar: semántica, pragmática y la fuerza racional del argumento jurídico por analogía, 109 Harv. L. Rev. 925 (1996).
Breyer, Sobre los usos de la historia legislativa en la interpretación de los estatutos, 65 S. Cal. L. Rev. 845 (1992).
Carrington, *De la ley y el río,* 34 J. Legal Educ. 222 (1984).
Chow, *Destrozando el nihilismo,* 65 Tul. L. Rev. 221 (1990).
Coleman, La base normativa del análisis económico: una revisión crítica de La economía de la justicia de Richard Posner, 34 Stan. L. Rev. 1105 (1982).
Cornell, Hacia una reconstrucción moderna/posmoderna de la ética, 133 U. Pa. L. Rev. 291 (1985).
Cotter, Pragmatismo jurídico y el movimiento jurídico y económico, 84 Georgetown L. Rev. 2071 (1996).
Dalton, Un ensayo sobre la deconstrucción de la doctrina contractual, 94 Yale LJ 997 (1985).
Dorf, *Dicta y Artículo III,* 142 U. Pa. L. Rev. 1997 (2004).
Easterbrook, *El textualismo y la mano muerta,* 66 Geo. Wash. L. Rev. 1119 (1998).
Ernst, La tradición crítica en la escritura de la historia jurídica estadounidense, 102 Yale LJ 1019 (1993).
Eskridge y Frickey, *Interpretación legal como razonamiento práctico,* 42 Stan. L. Rev. 321 (1984).
Faigman, Investigación de hechos constitucionales normativos: exploración del componente empírico de la interpretación constitucional, 139 U. Pa. L. Rev. 541 (1991).
Farber, La inevitabilidad del razonamiento práctico: estatutos, formalismo y estado de derecho, 45 Vand. L. Rev. 533 (1992).
———, Pragmatismo jurídico y la Constitución, 72 Minn. L. Rev. 1331 (1988).
———, Reinventar Brandeis: pragmatismo jurídico para el siglo XXI, 1995 U. Ill. L. Rev. 163.
Farber & Frickey, *Razonamiento práctico y la Primera Enmienda,* 34 UCLAL Rev. 1615 (1987).

Fiss, *Objetividad e interpretación,* 34 Stan. L. Rev. 739 (1982).
Fried, El razonamiento artificial del derecho; o Lo que saben los abogados, 60 Tex. L. Rev. 35 (1981).
Friedman, Normas de persuasión y distinción entre hecho y derecho, 86 Nw. UL Rev.916 (1992).
Gillette, Reglas, estándares y precauciones en los sistemas de pago, 82 Va. L. Rev. 181 (1996).
Golding, Jurisprudencia y filosofía jurídica en los Estados Unidos del siglo XX: temas y desarrollos principales, 36 J. Legal Educ. 441 (1986).
Gordley, *Razonamiento jurídico: una introducción,* 72 Cal. L. Rev. 138 (1984).
Gordon, *Historias jurídicas críticas,* 36 Stan. L. Rev. 57 (1984).
———, *El historicismo en los estudios jurídicos,* 90 Yale LJ 1017 (1981).
Graff, "Keep Off the Grass", "Drop Dead" y otras indeterminaciones: una respuesta a Sanford Levinson, 60 Tex. L. Rev. 405 (1982).
Grey, *Pragmatismo jurídico independiente,* 18 Cardozo L. Rev. 21 (1996).
———, *Holmes y el pragmatismo jurídico,* 41 Stan. L. Rev. 787 (1989).
———, *La ortodoxia de Langdell,* 45 U. Pitt. L. Rev. 1 (1983).
Grodin, *¿ Son realmente mejores las reglas que las normas?* 45 Hastings LJ 569 (1994).
Hantzis, Innovación jurídica dentro de la tradición intelectual más amplia: el pragmatismo de Oliver Wendell Holmes, Jr., 82 Nw. UL Rev. 541 (1988).
Hoeflich, Derecho y geometría: ciencia jurídica de Leibnitz a Langdell, 30 am. J. Historia jurídica. 95 (1986).
Huhn, Las etapas del razonamiento jurídico: formalismo, analogía y realismo, 48 Vill. L.Rev.305 (2003).
Johnson, *¿de verdad quieres ser radical?* 36 Estan. L. Rev. 247 (1984).
Kaplow, Reglas versus estándares: un análisis económico, 42 Duke LJ 557 (1992).
Kelman, *Destrozando,* 36 Stan. L. Rev. 293 (1984).
Kennedy, Análisis costo-beneficio de los problemas de derechos: una crítica, 33 Stan. L. Rev. 387 (1981).
———, Motivos distributivos y paternalistas en el derecho contractual y de daños, con especial referencia a los términos obligatorios y al poder de negociación desigual, 41 Md. L. Rev. 563 (1982).
———, Forma y fondo en la adjudicación de derecho privado, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).
———, *Formalidad Jurídica,* 2 J. Leg. Semental. 351 (1973).
———, *Una semiótica del argumento jurídico,* 42 Syracuse L. Rev. 75 (1991).
———, La estructura de los comentarios de Blackstone, 28 Buff. L. Rev. 205 (1979).
Kennedy y Klare, *Bibliografía de estudios jurídicos críticos,* 94 Yale LJ 461 (1984).
Kennedy y Michelman, *¿Son eficientes la propiedad y los contratos?* 8 Hofstra L. Rev. 711 (1980).
Korobkin, Análisis del comportamiento y formas legales: reglas versus estándares revisados, 79 Ore. L. Rev. 23 (2000).
Lamond, *¿Los precedentes crean reglas?* 11 Teoría Jurídica 1 (2005).
Lee, Stare Decisis en perspectiva histórica, 52 Vand. L.Rev.647 (1999).

Leff, Análisis económico del derecho: cierto realismo sobre el nominalismo, 60 Va. L. Rev. 451 (1974).
Leiter, Heidegger y la teoría de la adjudicación, 106 Yale LJ 253 (1996).
———, *Positivismo, Formalismo, Realismo,* 99 Colum. L.Rev.1138 (1999).
Llewellyn, Algo de realismo sobre el realismo: respondiendo a Dean Pound, 44 Harv. L. Rev. 1222 (1931).
Lyons, Formalismo e instrumentalismo jurídico: un estudio patológico, 66 Cornell L. Rev. 949 (1981).
Manning, *La doctrina del absurdo,* 116 Harv. L.Rev.2387 (2003).
———, *El textualismo y la equidad del estatuto, 101 Colum. L. Rev. 1 (2001).*
Markovitz, Lo que no se debe hacer de Duncan: análisis de costo-beneficio y determinación de derechos legales, 36 Stan. L.Rev.1169 (1984).
Michelman, Normas y normatividad en la teoría económica del derecho, 62 Minn. L. Rev. 1015 (1978).
Miles y Sunstein, *El nuevo realismo jurídico,* 75 U. Chi. L.Rev.831 (2008).
Minda, *Jurisprudencia al final del siglo,* 43 J. Legal Educ. 27 (1993).
———, *Los movimientos jurisprudenciales de la década de 1980, 50 Ohio St. LJ 599 (1989).*
Moore, El giro interpretativo en la teoría jurídica moderna: ¿un giro a peor? 41 Estan. L. Rev. 871 (1989).
Nota, ' Vueltas y vueltas alrededor de la zarza: del realismo jurídico a la erudición jurídica crítica', 95 Harv. L. Rev. 1669 (1982).
Peller, *La metafísica del derecho estadounidense,* 73 Cal. L. Rev. 1152 (1985).
Posner, La decadencia del derecho como disciplina autónoma, 1962-1987, 100 Harv. L. Rev. 761 (1987).
Pound, *Derecho en libros y Derecho en acción,* 44 am. L. Rev. 12 (1910).
———, *Jurisprudencia mecánica,* 8 columnas. L.Rev.605 (1908).
———, *El alcance y propósito de la jurisprudencia sociológica, 25 Harv. L. Rev. 489 (1912).*
Rachlinski, *Toma de decisiones de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo,* 73 U. Chi. L.Rev.993 (2006).
Radin, *La pragmática y la feminista,* 63 S. Cal. L.Rev.1699 (1990).
———, *Reconsiderando el Estado de Derecho,* 69 BUL Rev. 69 (1989).
Radin y Michelman, Práctica jurídica crítica pragmática y posestructuralista, 139 U. Pa. L. Rev. 1019 (1991).
Scalia, *El Estado de derecho como ley de reglas,* 56 U. Chi. L. Rev. 1175 (1989).
Schanck, Comprensión del pensamiento posmoderno y sus implicaciones para la interpretación legal, 65 S. Cal. L. Rev. 2505 (1992).
Scharffs, *El carácter del razonamiento jurídico,* 61 Wash. & Lee L. Rev. 733 (2004).
Schauer, *¿ Los casos constituyen malas leyes?* 73 U. Chi. L.Rev.883 (2006).
———, *Casos fáciles,* 58 S. Cal. L. Rev. 399 (1985).
———, *Formalismo,* 97 Yale LJ 509 (1988).
———, *Dando razones,* 47 Stan. L. Rev. 633 (1995).
———, *Precedente,* 39 Stan. L. Rev. 571 (1987).

———, *Prescripciones en tres dimensiones* , 82 Iowa L. Rev. 911 (1997).
———, *Normas y Estado de derecho,* 14 Harv. JL y pub. Pol. 645 (1991).
———, *Pistas resbaladizas,* 99 Harv. L. Rev. 361 (1985).
Schlag, *El problema del sujeto,* 69 Tex. L. Rev. 1627 (1991).
———, *Reglas y estándares,* 33 UCLAL Rev. 379 (1985).
Schlegel, Realismo jurídico estadounidense y ciencia social empírica: de la experiencia de Yale, 28 Buff. L. Rev. 459 (1979).
———, Realismo jurídico estadounidense y ciencia social empírica: el caso singular de Underhill Moore, 29 Buff. L. Rev. 195 (1980).
———, Notas hacia una historia íntima, obstinada y afectuosa de la Conferencia sobre Estudios Jurídicos Críticos, 36 Stan. L. Rev. 391 (1984).
Sherwin, *Una defensa del razonamiento analógico en derecho,* 66 U. Chi. L.Rev.1179 (1999).
———, *Los jueces como creadores de reglas,* 73 U. Chi. L.Rev.919 (2006).
Shiffron, Liberalismo, radicalismo y estudios jurídicos, 30 UCLAL Rev. 1103 (1983).
Shutkin, Pragmatismo y la promesa de adjudicación, 18 Vermont L. Rev. 57 (1993).
Simon, Libertad y restricción en la adjudicación: una mirada a través del lente de la psicología cognitiva, 67 Brooklyn L. Rev. 1097 (2002).
———, Una tercera visión de la caja negra: coherencia cognitiva en la toma de decisiones jurídicas, 71 U. Chi. L.Rev.511 (2004).
Singer, El debate sobre los derechos legales en la jurisprudencia analítica de Bentham a Hohfeld, 1982 Wisc. L. Rev. 975 (1982).
———, El jugador y las cartas: nihilismo y teoría jurídica, 94 Yale LJ 1 (1984).
Smith, *La búsqueda del pragmatismo,* 100 Yale LJ 409 (1990).
Solum, Sobre la crisis de la indeterminación: crítica del dogma crítico, 54 U. Chi. L. Rev. 462 (1987).
Stick, *¿puede el nihilismo ser pragmático?* 100 Harv. L. Rev. 332 (1986).
Sullivan, Prólogo: Los jueces de reglas y estándares, 106 Harv. L. Rev. 24 (1992).
Summers, Instrumentalismo pragmático en el pensamiento jurídico estadounidense del siglo XX: una síntesis y crítica de nuestra teoría general dominante sobre el derecho y su uso, 66 Cornell L. Rev. 861 (1981).
Sunstein, Interpretación de los estatutos en el Estado regulador, 103 Harv. L. Rev. 405 (1989).
———, *Sobre el razonamiento analógico,* 106 Harv. L. Rev. 741 (1993).
Simposio, *Simposio de interpretación,* 58 S. Cal. L. Rev. 1 (1985).
———, Simposio sobre estudios jurídicos críticos, 36 Stan. L. Rev. 1 (1984).
———, Simposio sobre derecho y economía posteriores a Chicago, 65 Chi.-Kent L. Rev. 1 (1989).
———, Simposio sobre el futuro del derecho y la economía, 20 Hofstra L. Rev. 757 (1992).
———, Simposio sobre el renacimiento del pragmatismo en el pensamiento jurídico estadounidense, 63 S. Cal. L.Rev.1569 (1990).
Turley, La guía del autoestopista sobre CLS, Unger y el pensamiento profundo, 81 Nw. UL Rev. 593 (1987).

Tushnet, Estudios jurídicos críticos y derecho constitucional: un ensayo sobre deconstrucción, 36 Stan. L. Rev. 623 (1984).
———, Estudios jurídicos críticos: una introducción a sus orígenes y fundamentos, 36 J. Legal Educ. 505 (1986).
———, Estudios jurídicos críticos: una historia política, 100 Yale LJ 1515 (1991).
———, Siguiendo las reglas establecidas: una crítica de la interpretación y los principios neutrales, 96 Harv. L. Rev. 781 (1985).
Vetter, Beca jurídica de posguerra sobre toma de decisiones judiciales, 33 J. Legal Educ. 412 (1983).
Wellman, Dworkin y la tradición del proceso legal: el legado de Hart y Sacks, 29 Arizona L. Rev. 413 (1987).
———, Razonamiento práctico y justificación judicial: hacia una teoría adecuada, 57 U. Colo. L. Rev. 45 (1985).
Wells, Mejorar la situación personal: algunas reflexiones pragmáticas sobre el arte de juzgar, 49 Wash. & Lee L. Rev. 323 (1992).
White, Del realismo a los estudios jurídicos críticos: una historia intelectual truncada, 40 Sw. LJ 819 (1986).
———, De la jurisprudencia sociológica al realismo: jurisprudencia y cambio social en los Estados Unidos de principios del siglo XX, 58 Va. L. Rev. 999 (1972).
———, La inevitabilidad de los estudios jurídicos críticos, 36 Stan. L. Rev. 649 (1984).
———, El derecho como lenguaje: lectura del derecho y lectura de la literatura, 60 Tex. L. Rev. 415 (1982).
Williams, Estudios jurídicos críticos: la muerte de la trascendencia y el surgimiento de los nuevos Langdells, 62 NYUL Rev. 429 (1987).
———, *Deconstruyendo el género,* 87 Michigan L. Rev. 797 (1989).
Winter, *Prólogo: Sobre la construcción de casas,* 69 Tex. L. Rev. 1595 (1991).
Wistrich, Guthrie y Rachlinski, ¿Pueden los jueces ignorar información inadmisible? La dificultad de ignorar deliberadamente, 153 U. Pa. L. Rev. 1251 (2005).
Woodard, Los límites del realismo jurídico: una perspectiva histórica, 54 Va. L. Rev. 689 (1968).

ÍNDICE

Abel, Ricardo
Ideas abstractas
Ley administrativa
Abogacía
analogía utilizada en
deducción utilizada en
e indeterminación
síntesis de reglas utilizada en
Edad de razón
Analogía
comparado con la deducción
en defensa
indeterminación en la aplicación de
modelo de,
Efecto de anclaje
Antiesencialismo
Antifundacionalismo
Tribunales de apelación
Aristóteles
Artículos de la confederación
Asahi Metal Industry Co., Ltd. contra el Tribunal Superior
Jurisprudencia asiático-americana
Agresión
Austin, Juan
La autonomía, como política.
en derecho contractual
y paternalismo
Sesgo de disponibilidad

Equilibrio
Batería
campana, torre de perforación
Juicios de banco
Bentham, Jeremy
Berkeley, George
Declaración de Derechos
Decisiones vinculantes
en la jurisprudencia
en la ley promulgada
Véase también Holding, Stare decisis
Bohr, Niels
Brennan, Guillermo
Carga de persuasión
Carga de producción
Carga de la prueba
Pero para la prueba de causalidad

Elección de la ley
Juicio civil. *Ver* Procedimiento Civil
Procedimiento Civil
Ver también Jurisdicción
Derechos civiles
Cleveland Park Club contra Perry
CLS. *Ver* Estudios Jurídicos Críticos
Coase, Ronald
Teorema de Coase
Coerción
Cohen, Félix
Comercio, corriente de
Cláusula de comercio. *Ver bajo* Constitución, Estados Unidos
Ley común
cambios
codificación
Inglés
federal
y voluntad popular
como proceso
y razon
Derecho consuetudinario, el (Holmes)
Comunitarismo
Comunidad, voluntad de
Sesgo de confirmación
Normas sobre conflictos de leyes
Ver también Elección de ley
Congreso
Consentir
en procedimiento civil
en derecho contractual
en derecho penal
en derecho de daños
consecuencialismo
Consideración, doctrina de
Constitución, Estados Unidos
cláusula de comercio
cláusula de debido proceso
cláusula de igual protección

Primera Enmienda
Decimocuarta Enmienda
Novena Enmienda
cláusula de supremacía
Décima Enmienda
Ver también Interpretación constitucional
Interpretación constitucional
Ley constitucional. *Ver* Constitución, Estados Unidos
Derecho contractual
incumplimiento en
doctrina de consideración en
dependencia perjudicial en
pérdida y responsabilidad en
prueba objetiva en
oferta y aceptación
regla de licitación perfecta
prueba subjetiva en
desempeño sustancial de
garantía en
Contradicciones
Corte de Apelaciones. *Ver* tribunales de apelación
Tribunales. *Ver* tribunales de apelación; Tribunales de distrito; Revisión judicial, doctrina de; Jurisdicción; Corte Suprema; Tribunales de primera instancia
Credibilidad
Estudios Jurídicos Críticos (CLS)
Teoría crítica de la raza

Daños y perjuicios
en derecho constitucional
en derecho contractual
en derecho de daños
Darwin, Carlos
Declaración de la independencia
Deconstrucción
Ver también Estudios Jurídicos Críticos
Deducción
en defensa
comparado con la analogía
indeterminación en la aplicación de
modelo
Ver también Formalismo
Revisión de novo
Depresión, genial
Derrida, Jacques
Descartes, René
Dependencia perjudicial, doctrina de
Dewey, Juan
Dictamen
en defensa
en analogía
en deducción
Descubrimiento, reglas de
Disposición, en opinión.
Hechos dispositivos
uso en defensa
uso en analogía
Tribunales de distrito
Jurisdicción de diversidad. *Ver bajo* Jurisdicción
Domicilio
Debido al proceso. *Ver bajo* Constitución, Estados Unidos
Dworkin, Ronald

Ciencias económicas. *Ver* movimiento de derecho y economía.
La eficiencia, como política
en derecho contractual
en reglas jurisdiccionales
y justicia
en derecho de daños
Einstein, Alberto
Ejusdem generis
Estrés emocional
Empirismo
Ley promulgada
Ver también Derecho administrativo; Estatutos
efecto dotación
Fines y medios de la política.
Iluminación
Epistemología
Igualdad de justicia
Cláusula de igualdad de protección. *Ver bajo* Constitución, Estados Unidos
Erie RR Co. contra Tompkins
Evidencia
Poder ejecutivo del gobierno
Ver también Derecho administrativo
Existencialismo
Expressio unius est exclusio alterius

Predicado fáctico
Investigación factual
Falso encarcelamiento
Falla
Ver también Negligencia
Tribunales federales. *Ver* tribunales de apelación; Tribunales de distrito; Jurisdicción; Corte Suprema
Federalismo
Jurisdicción en cuestión federal. *Ver bajo* Jurisdicción
Reglas Federales de Procedimiento Civil
regla de compañero de servicio
Teoría jurídica feminista
Compania de motores ford
Formalismo.
en el procedimiento civil.
en derecho contractual
y el instrumentalismo
en la interpretación legal
Previsibilidad.
Centro comercial
franco, jerónimo
Libertad de expresión
Véase también Obscenidad; Constitución, Estados Unidos
Freud, Sigmundo
Derechos fundamentales

Garratt contra Dailey
Geduldig contra Aiello
Generalia specialibus no derogante
Generalidad
Jurisdicción general. *Ver bajo* Jurisdicción
Gibbons contra Ogden
Gilligan, Carol
Regla de Oro, de interpretación legal

mano, aprendido
Fórmula de mano
Hart, HLA
Rumores
Heidegger, Martín
Heisenberg, Werner
Heller, Tom
Hess contra Pawlowski
Heurístico
Sesgo retrospectivo
Tradición historicista
Tenencia
Holmes, Oliver Wendell, Jr.
Horwitz, Morton
Hume, David

Inmunidad
Ver también Jurisdicción
Implicación
Garantía implícita
Con una voz diferente (Gilligan)
En pari material
Indeterminación
individuo, voluntad de
Ver también Individualismo
El individualismo como política
en procedimiento civil
en derecho constitucional
en derecho contractual
en derecho de daños
Teoría de los derechos individuales. *Ver* teoría de los derechos
Inducción
Instrumentalismo
Intención
en procedimiento civil
en derecho constitucional
en contrato
en la interpretación legal
en derecho de daños
Intencionalismo
agravio intencional
Ver también Intención
International Shoe Co. contra el estado de Washington
comercio interestatal
Derecho consuetudinario intersticial
Intuición
Presunción irrefutable
Ver también Presunción
Cuestiones de hecho. *Ver* Preguntas de hecho
Cuestiones de derecho. *Ver* Cuestiones de Derecho

democracia jacksoniana
James, Guillermo
Jefferson, Tomás
Juicio
como cuestión de derecho
resumen
poder judicial del gobierno
Ver también Tribunales
restricción judicial
Revisión judicial, doctrina de
Jurisdicción
y elección de ley
diversidad
pregunta federal
general
limitado
original
personal
específico
y mirar fijamente
tema en cuestion
sistema de jurado
La justicia como política
en procedimiento civil
en derecho contractual
en derecho de daños

Kant, Emanuel
Kennedy, Duncan

Langdell, Cristóbal Colón
Teoría LatCrit
Movimiento de derecho y economía
Consecuencia jurídica de la regla
Ficciones legales
Formalismo jurídico. *Ver* formalismo
Positivismo jurídico
Realismo jurídico
Investigación legal
Normas legales. *Ver* Normas
Poder legislativo del gobierno
Ver también Congreso
Leibniz, Gottfried
Lévi-Strauss, Claude
Liberalismo
Dibujo lineal
Litigio. *Ver* Procedimiento Civil
Llewellyn, Karl
Lochner contra Nueva York
Locke, Juan
Positivismo lógico. *Ver* positivismo
Lutero, Martín

Macauley, Stewart
MacKinnon, Catharine A.
Razonamiento jurídico convencional
El mayoritarismo, como política
en procedimiento civil
en derecho constitucional
en derecho contractual
y el individualismo
en derecho de daños
Falla de mercado
Marx, Carlos
Club Metafísico
Metafísica
Michael H. contra Gerald D.
Mill, Juan Estuardo
prueba *de molinero*
Regla de contactos mínimos
Cuestiones mixtas de derecho y de hecho
Montesquieu, barón de
Moore, Underhill
Moralidad
Movimiento
por un verdit dirigido
por no presentar un reclamo sobre el cual se pueda otorgar compensación
para el juicio como cuestión de derecho
para juicio sumario

El naturalismo, como política.
La Ley natural. *Ver* Naturalismo
Derechos naturales
Hechos necesarios
Negligencia
Neopragmatismo
Nuevo acuerdo
Newton, Isaac
Nietzsche, Federico
Nihilismo
NLRB contra Jones & Laughlin Steel Corp.
Nominalismo
No originalismo

Prueba objetiva
en derecho contractual
en derecho de daños
Obscenidad
O'Connor, Sandra Day
Oferta y aceptación, doctrina de
Sobre el origen de las especies (Darwin)
anular

Argumentos del “desfile de horrores”
El paternalismo, como política
y autonomía
en derecho constitucional
en derecho contractual
Pennoyer contra Neff
Regla de licitación perfecta
Jurisdicción personal. *Ver bajo* Jurisdicción
Pierce, Charles Sanders
Caballo pinto
Significado simple
Planck, Max
Platón
Plessy contra Ferguson
Pornografía
Ver también Obscenidad
El positivismo, como política.
en derecho constitucional
en derecho contractual
Posner, Ricardo
posmodernismo
Libra, Roscoe
Razonamiento práctico
Pragmatismo
Precedente.
Doctrina de preferencia
Presunción
Malos actos anteriores
Privacidad, derecho de
Derecho privado
Comunicación privilegiada
Derecho procesal. *Ver* Procedimiento Civil
Responsabilidad por productos
Promesas
Impedimento promisorio
Véase también Dependencia perjudicial
Propiedad
Ley Pública
Aprovechamiento intencionado

Proposivismo

Preguntas de hecho
Cuestiones de derecho

Prueba de base racional
Ver también Prueba de relación racional
Racionalismo
Prueba de relación racional
Ver también Prueba de base racional
Rawls, Juan
Realismo
Ver también Realismo jurídico
Cuidado razonable
"Persona razonable,"
Presunción de impugnación
Ver también Presunción
Estatutos de acogida
Reforma
Reglamentos. *Ver* derecho administrativo
Relatividad, teoría de
Renacimiento
cosa juzgada
Derechos en persona
Derechos reales
La teoría de los derechos, como política.
Tradición romántica
Roosevelt, Franklin Delano
Rorty, Richard
Rosenblatt, Rand
Ley de decisión sobre reglas
Ley de habilitación de normas

Sacos, Alberto
Sapir, Eduardo
Sartre, Jean-Paul
Saussure, Fernando de
Scalia, Antonin
Método científico
Revolución científica
Separación de poderes
Servicio de procesos
Argumentos de "pendiente resbaladiza"
Ciencias Sociales
Jurisprudencia sociológica (movimiento)
Jurisdicción específica. *Ver bajo* Jurisdicción
Desempeño específico
Spinoza, Benito de
Estándar de revisión
Estándares
Mirar fijamente
Estado, voluntad de
Tribunales estatales
Estatutos
y analogía
e interpretación
texto de
Ver también Ley promulgada
Interpretación legal
Stewart, alfarero
Estoicos
Regla de la corriente de comercio
Responsabilidad objetiva
Estricta prueba de escrutinio
Estructuralismo
prueba subjetiva
Jurisdicción materia. *Ver bajo* Jurisdicción
Sub silencio
Evidencia sustancial
Debido proceso sustantivo
Hechos suficientes
Juicio sumario

Cláusula de supremacía. *Ver bajo* Constitución, Estados Unidos
Corte Suprema
Silogismo

Testimonio
Textualismo
Teoría de la Justicia, A (Rawls)
Tompkins, Erie RR Co. v.
ley de daños
Véase también Agravio intencional; Negligencia; Responsabilidad objetiva
"El disparate trascendental y el enfoque funcional" (Cohen)
Entrar Sin Derecho
Tribunales de primera instancia
Trubek, David
Tushnet, Mark

Principio de incertidumbre (Heisenberg)
Unger, Roberto
Codigo comercial Uniforme
Universal
El utilitarismo como política.
en derecho contractual
y la teoría de los derechos
en derecho de daños

Veredicto

Garantía
Efecto riqueza
Regla de queja bien alegada
Whorf, Benjamín Lee
Wickard contra Filburn
Guillermo de Ockham
Testigos
Wittgenstein, Luis
World-Wide Volkswagen Corp. contra Woodson
Auto de certiorari

Yntema, Hessel E.

Zablocki contra Redhail

Westview Press fue fundada en 1975 en Boulder, Colorado, por el destacado editor e intelectual Fred Praeger. Westview Press continúa publicando títulos académicos y libros de texto de alta calidad para estudiantes universitarios y de posgrado en disciplinas básicas de ciencias sociales. Con libros desarrollados, escritos y editados teniendo en cuenta las necesidades de lectores, profesores y estudiantes serios de no ficción, Westview Press honra su larga trayectoria en la publicación de libros importantes.

Copyright © 2011 por Westview Press

Publicado por Westview Press,
miembro del grupo Perseus Books

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede reproducirse de ninguna manera sin permiso por escrito, excepto en el caso de citas breves incorporadas en artículos y reseñas críticas. Para obtener información, diríjase a Westview Press, 2465 Central Avenue, Boulder, CO 80301.

Encuéntrenos en la World Wide Web en www.westviewpress.com .
Los libros de Westview Press están disponibles con descuentos especiales para compras al por mayor en los Estados Unidos por parte de corporaciones, instituciones y otras organizaciones. Para obtener más información, comuníquese con el Departamento de Mercados Especiales de Perseus Books Group, 2300 Chestnut Street, Suite 200, Filadelfia, PA 19103, o llame al (800) 810-4145, ext. 5000, o envíe un correo electrónico a special.markets@perseusbooks.com.

ISBN electrónico: 978-0-813-34525-3
1. Derecho—Metodología. 2. Derecho—Interpretación y construcción. I. Título.
K212.V36 2010
340'.11—dc22
2010034664

Tabla de contenido

Pagina del titulo
Dedicación

Agradecimientos
Introducción
PRIMERA PARTE - Razonamiento jurídico básico
Capítulo 1 - IDENTIFICACIÓN DE LA LEY APLICABLE
I. LAS FUENTES DEL DERECHO AMERICANO
II. IDENTIFICAR LA LEY APLICABLE
Capítulo 2 - ANÁLISIS DE LA LEY
I. ANÁLISIS DE LOS ESTATUTOS
II. ANALIZANDO CASOS
III. ANÁLISIS DE DERECHOS Y DEBERES
Capítulo 3 - SINTETIZANDO LA LEY
I. REGLAS DE SINTETIZACIÓN: DE LO GENERAL A LO ESPECÍFICO
II. SINTETIZANDO UNA REGLA: DE LO ESPECÍFICO A LO GENERAL
Capítulo 4 - INVESTIGANDO LOS HECHOS
I. EL PAPEL DE LA INVESTIGACIÓN FACTUAL
II. LAS NORMAS DE LA INVESTIGACIÓN DE HECHOS
Capítulo 5 - APLICACIÓN DE LA LEY
I. DEDUCCIÓN
II. ANALOGÍA
III. COMPARANDO DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA
IV. DEDUCCIÓN Y ANALOGÍA EN UN SISTEMA DE JURADO
V. EPÍLOGO: CAMBIO DE JURISPRUDENCIA
PARTE DOS - Razonamiento con políticas
Capítulo 6 - ANÁLISIS, SÍNTESIS Y APLICACIÓN DE POLÍTICAS
I. ANÁLISIS DE POLÍTICAS
II. SÍNTESIS DE POLÍTICAS
III. SOLICITUD DE POLÍTICA
Capítulo 7 - CONTRATOS
I. CONTRATO TRADICIONAL
II. DEPENDENCIA PERJUDICIAL
III. LA NATURALEZA DEL DEBER CONTRACTUAL
Capítulo 8 - AGRAVIOS
I. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AGRAVIOS
II. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO MODERNO DE AGRAVIOS
Capítulo 9 - DERECHO CONSTITUCIONAL
I. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
II. PODERES DEL GOBIERNO: FEDERALISMO
III. DERECHOS INDIVIDUALES
Capítulo 10 - PROCEDIMIENTO CIVIL
I. JURISDICCIÓN PERSONAL
II. MATERIA JURISDICCIÓN
PARTE TRES - Perspectivas sobre el razonamiento jurídico

Capítulo 11 - UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO
I. LOS ORÍGENES ILUSTRADOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO AMERICANO
II. FORMALISMO JURÍDICO
III. LA CRÍTICA DEL FORMALISMO JURÍDICO
IV. REALISMO JURÍDICO
V. RAZONAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO CONTEMPORÁNEO
Capítulo 12 - PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO
I. DERECHO Y ECONOMÍA
II. ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS
III. MOVIMIENTOS BASADOS EN LA IDENTIDAD
IV. LIBERALISMO
V. PRAGMATISMO
VI. CONCLUSIÓN
CONCLUSIÓN
APÉNDICE: PENSAR COMO UN ESTUDIANTE DE DERECHO
NOTAS
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA
ÍNDICE
La página de derechos de autor