

El derecho y las humanidades: una relación incómoda*

Jack M. Balkin* y Sanford Levinson**

1. Introducción: ¿Pertenece el derecho a las humanidades? Historia de dos discursos¹

En 1930, el juez Learned Hand, generalmente considerado como uno de los jueces más distinguidos en la historia de nuestro país, habló frente a la *Juristic Society*, en la facultad de derecho de la universidad de Pennsylvania. En su discurso, “Las fuentes de la tolerancia”, dijo a su audiencia:

Me atrevo a pensar que para un juez llamado a decidir un problema de derecho constitucional es tan importante estar, al menos, algo familiarizado con Acton y Mayland, Tucídides, Gibbon y Carlyle, con Homero, Dante, Shakespeare y Milton, con Maquiavelo, Montaigne y Rabelais, con Platón, Bacon, Hume y Kant, que con los libros escritos específicamente sobre el tema.²

Las observaciones de Hand presuponen tres puntos que constituyen el núcleo de este ensayo. El primero es que el estudio del derecho es parte de o está fuertemente conectado con las humanidades. El segundo es que el abogado o el académico llamado a discutir y analizar cuestiones legales no va a poder hacerlo mirando meramente dentro de los confines de los materiales jurídicos tradicionales: casos, leyes o “libros escritos específicamente sobre temas” de derecho. Por el contrario, él o ella necesitan asistencia e inspiración de otras fuentes. El tercero es que no vamos a encontrar esas fuentes externas en las ciencias naturales o en las ciencias sociales, sino en aquellas materias que acostumbramos a llamar ‘las humanidades’.

• Este artículo fue publicado originalmente en inglés como “Law and the Humanities: An Uneasy Relationship”, en *The Yale Journal of Law & the Humanities*, Supplement to Vol. 18 pp. 155-186 (2006). Reimpreso bajo permiso. Traducido por María Cecilia Garibotti, con la colaboración de Lucas Arrimada y Juan González Bertomeu.

* *Knight Professor of Derecho Constitucional y Primera Enmienda*, Yale Law School.

** *W. St. John Garwood and W. St. John Garwood, Jr., Centennial Chair in Law*, y Profesor de Gobierno, University of Texas at Austin.

1. Escribimos este ensayo originalmente para un proyecto patrocinado por la *American Academy of Arts and Sciences* sobre el estado actual de las humanidades. Otros ensayos escritos para el proyecto consideraron el estado actual de la historia contemporánea, la filosofía, la literatura comparativa, los estudios afro-americanos y la literatura inglesa. Todos ellos fueron publicados, junto con una versión resumida de este ensayo, en *Daedalus*. Véase Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Law & the Humanities*, 2006 *DAEDALUS* 105 (2006). Nos pareció apropiado enfocarnos en si el derecho ameritaba un lugar en este proyecto; o sea, qué elementos, si es que alguno, hacían del derecho una de las ‘humanidades’ del siglo veintiuno.

2. Learned Hand, *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*, pág. 81 (1951).

Hand no está simplemente presuponiendo estas cosas. También se presenta ante nosotros como un sabio jurista que ha sido influenciado por los ‘grandes libros’ que ha seleccionado para llamar nuestra atención. Al estar familiarizado con cada uno de los autores que menciona, Hand goza de membresía en la ‘república de las letras’, el tipo de membresía que es necesario para cualquiera que desee ‘vivir noblemente en el derecho’.³ Estas presuposiciones no tenían nada particularmente inusual a principios del siglo veinte, especialmente viniendo de un miembro de la élite legal como Hand. Además, la membresía a la república norteamericana de las letras y a la del derecho corrían en paralelo. El reconocido libro de Robert Ferguson, *Law and Letters in American Culture*, analiza los escritores norteamericanos de fines del siglo dieciocho y principios del diecinueve que fueron capacitados como abogados (y en muchos casos, de hecho, ejercieron el derecho), incluyendo a Charles Brockden Brown, Hugh Henry Brackenridge, Washington Irving, William Bryant y James Fenimore Cooper⁴. Uno puede pensar también en el poeta Archibald McLeish, contemporáneo de Hand y educado en la facultad de derecho de Harvard, o, más cerca de nuestro tiempo, en escritores desde Louis Auchincloss a Scott Turow y John Grisham.

No obstante, pocos académicos del derecho comparten hoy las presuposiciones de Hand; a decir verdad, estas presuposiciones ya estaban bajo ataque hacia finales del siglo veinte. Piensen en “The path of the law”⁵ [“La senda del derecho”], que podría ser la conferencia más importante en la historia del derecho norteamericano, dada por Oliver Wendell Holmes, Jr., quien enseñó por un breve período de tiempo en la facultad de derecho de Harvard antes de partir hacia la Suprema Corte de Justicia de Massachussets. Hablando en junio de 1897 frente a una audiencia de estudiantes y profesores de la facultad de derecho de la Universidad de Boston, Holmes predijo que: “[p]ara el estudio racional del derecho, puede ser que el hombre estudioso de la letra de la ley [es decir, el maestro de la jurisprudencia legal] sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el maestro en economía.”⁶

Holmes y Hand eran amigos, pero claramente disentían acerca de la dirección (o senda) futura del derecho. Mientras Hand impulsaba el estudio de las humanidades, Holmes proponía el estudio de las ciencias sociales, especialmente la economía. Aunque Hand formuló sus observaciones una generación después que Holmes, su visión sobre la interdisciplinariedad era en ciertas formas una preocupación anterior, que veía a la carrera jurídica como una continuación de la membresía en la república de las letras. Sea o no que lo lamentemos, podemos decir con confianza, desde una posición ventajosa habiendo transcurrido un siglo entero luego del discurso de Holmes, y setenta y cinco años luego del de Hand, que las presuposiciones de este último –que el derecho está predominantemente

3. Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Profession of the Law: Conclusion of a Lecture Delivered to Undergraduates of Harvard University on February 17, 1886”, en *Collected Legal Papers*, págs. 29-30 (1921).

4. Robert Ferguson, *Law and Letters in American Culture* (1984); véase también Michael Meltzer, *Secular Revelations: The Constitution of the United States and Classic American Literature* (2005).

5. Oliver Wendell Holmes, Jr. *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897). Hay traducción al castellano: *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

6. *Ibid.*, pág. 469.

situado dentro de las humanidades, y no está completo a menos que se alimente de éstas—no siguen pareciendo tan obvias.

Una de las razones que explican esto puede radicar en el desarrollo de la currícula universitaria estadounidense desde la segunda guerra mundial, cuando los *colleges* y las universidades fueron transformados de bastiones de la alta sociedad a lugares donde los estudiantes de clase media —y ocasionalmente los de clase baja— podían alcanzar una educación que antes era raramente accesible para ellos. Uno ya no podía presuponer que los matriculados a la carrera de derecho habían estudiado la *Ilíada* y la *Odisea* en inglés, y menos aun en el griego original.

Una segunda razón es el cambio en la estructura de lo que hoy acertadamente llamamos la “industria de servicios legales”. A pesar de que ciertamente sigue existiendo un número importante de abogados generalistas en los pueblos pequeños, de estudios ‘boutique’, de fiscales, abogados defensores, académicos legales, y demás, es difícil negar que el rol predominante en la industria lo tienen las grandes firmas, muchas de ellas multinacionales en cuanto a su organización, que operan como fabricas productoras de gran conocimiento (o retórica).⁷ Estas firmas han ido haciendo progresivamente más difícil la comunicación con otros campos como las finanzas y la contabilidad. Los abogados se han vuelto jugadores fundamentales en una tecnocracia globalizadora siempre en expansión; y las facultades de derecho contemporáneas (especialmente las de élite), ansiosas por proveer un flujo constante de piezas para alimentar y mantener funcionando esta gran máquina, se han volcado no al campo de la literatura comparada, sino a la economía y a las metodologías del actor racional. Es más probable que el estudiante de una facultad de derecho de élite esté hoy familiarizado con la ‘Teoría de la empresa’ de Ronald Coase que con la ‘Teoría de las formas’ de Platón,⁸ con la cuestión de los costos administrativos que con Acton, y con el *rent-seeking* que con Rabelais.

¿Es, entonces, un juego de palabras decir que el derecho es una ‘profesión humanista’ en un sentido distinto que, por ejemplo, la medicina? Después de todo, nada puede ser más humanitario que tratar de apaciguar el sufrimiento de un ser humano; pero la mayoría

7. Piénsese en la primera oración de Alison Frankel, *Growing Pains*, THE AMERICAN LAWYER, 1º Mayo, 2006, pág. 94: “Desde 1986, cuando *The American Lawyer* publicó por primera vez una lista de los 100 estudios jurídicos que más recaudaban dentro de los Estados Unidos, casi se ha triplicado el número de abogados en The Am Law 100. En 1986 eran 25.994. En 2005, el número había llegado a 70.161.” Del total de los abogados norteamericanos (aproximadamente 1.086.500 en 2004), más del seis por ciento estaban empleados en uno de estos estudios jurídicos. Frankel inmediatamente pasa a señalar que las ganancias promedio por socio en estos cien estudios jurídicos superaban el millón de dólares. Existen once estudios jurídicos con base en los Estados Unidos que tienen hoy más de mil miembros. Véase *The A-List*, THE AMERICAN LAWYER, 1º Sept., 2005, pág. 106.

8. De hecho, un estudio de Fred Shapiro, bibliotecario de la Universidad de Yale, descubrió que el clásico artículo de Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 J. L. & ECON. 1 (1960), era el más citado por parte de académicos legales. Fred Shapiro, “The Most Cited Law Review Articles Revisited”, 71 CHI.-KENT L. REV. 751 (1996). La cuestión de si el número de veces que un artículo es citado debe ser contado como evidencia de influencia académica es una pregunta controversial sobre la que descansa nuestro análisis ligeramente irreverente del estudio de Shapiro. Véase Jack Balkin y Sanford Levinson, “How to Win Cites and Influence People”, 71 CHI.-KENT L. REV. 843 (1996). Sin embargo, la posición de Coase al tope de la lista es un símbolo acertado de la influencia que el movimiento del Derecho y la Economía (*Law and Economics*) mantiene en la academia legal contemporánea.

de nosotros relacionaría apropiadamente a la medicina más con las ciencias que con las humanidades. ¿Acaso Holmes le ha ganado tan rotundamente a Hand, al punto que tiene poco sentido pensar en el estudio del derecho en el mismo nivel que el de la filosofía o la crítica literaria?

Para contestar estas preguntas uno debe considerar el cambio enorme en la autoconciencia profesional que ha ocurrido entre el momento en que Hand habló y el presente. Parte de este cambio involucra el significado mismo de lo que implica ser un abogado *profesional* y, por ende, de lo que los abogados hacen y de lo que califica como materiales relevantes de estudio, tanto para aquellos que aprenden en facultades de derecho como para quienes les enseñan. Hacemos énfasis en el término ‘profesional’ por una buena razón: uno ciertamente puede aprender derecho sin volverse un abogado practicante. Pero uno no puede, al menos en los Estados Unidos, ser abogado sin haber atravesado por la disciplina particular de la facultad de derecho.

Qué es lo que constituye (o debería constituir) esa disciplina es un asunto central y muy discutido. De hecho, abarca tres cuestiones relacionadas. La primera es si el canon de materiales legales de formato estándar es suficiente para llevar adelante un buen trabajo en derecho. Aunque Hand fue uno de los jueces consumados de su época, parecía sin embargo sugerir a su audiencia que estudiar sólo de materiales legales estándar era un error. A decir verdad, podríamos incluso inferir de los dichos de Hand (aunque dudamos que esta haya sido su intención) que uno tal vez ni siquiera necesite ser abogado para tener opiniones persuasivas y bien formadas acerca de lo que el derecho es o debería ser. Holmes también tuvo sus dudas acerca de la conveniencia de estudiar sólo de fuentes típicas, particularmente cuando el conocimiento de estadísticas o economía podía llevar a mejores decisiones legales.

La segunda cuestión es si el derecho es una ‘disciplina’ genuina, con su propia metodología particular y reglas propias de prueba y razonamiento; o si el derecho, por el contrario, es meramente un ‘tema de estudio’ –similar, digamos, al de la ciudad de Nueva York, o al asentamiento de gente en el medioeste americano en el siglo diecinueve– que puede ser abordado de infinitas maneras. Si éste es el caso, entonces no hay nada necesariamente distintivo, al menos desde una perspectiva puramente metodológica, en ser un abogado o en haber recibido entrenamiento en derecho.

El debate acerca de si el derecho es una disciplina separada o un mero tema de estudio (o como se dice actualmente, un tipo de estudios de área) es bastante viejo. Recuerden la famosa disputa entre el Rey James I y Lord Coke. James, rey de Inglaterra y Escocia por derecho divino, afirmaba su derecho a interpretar la ley sobre la base de su propia razón. Coke no aceptaba nada de esto. Los asuntos legales, sostenía, deben ser resueltos a partir de la ‘razón artificial’ de la ley, algo bastante distinto a las enseñanzas de la ‘razón natural’.⁹

9. Edward Coke, 12 REPORTS 63, 65 (4th ed. 1738), reimpresso en 77 Eng. Rep. 1342, 1343 (1907). Véase W.S. Holdsworth, A History of English Law, pág. 429-31 (2d ed. 1937); Charles Fried, “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know”, 60 TEX. L. REV. 30, 39-40 n. 15, 57

(1981); véase también Allen Dillard Boyer, “‘Understanding, Authority, and Will’: Sir Edward Coke and the Elizabethan Origins of Judicial Review”, 39 B.C. L. REV. 43, 58 (1997) (analizando la afirmación de que la ley representa los acuerdos de la comunidad legal).

Sólo los expertos jurídicos eran competentes o estaban autorizados para embarcarse en esta forma especial de razonamiento.

Por razones obvias, pocos abogados han rechazado por completo la idea de que el derecho es una disciplina separada a la vez que un tema de estudio. Hacerlo, después de todo, quitaría cualquier justificación al monopolio institucional *de facto* que los abogados tienen para litigar casos y representar clientes por grandes sumas de dinero. Las demandas de los abogados en torno a la habilidad legal profesional son más exigentes en lo que respecta a los puestos de la rama judicial, especialmente en sus niveles más altos, donde, valga la ironía, las cuestiones planteadas tienen más consecuencias sociales y políticas, y donde los tecnicismos legales son de menor ayuda y menos determinantes.

La tercera cuestión es si el derecho es una ‘ciencia’, que como otras ciencias puede definirse en referencia a procedimientos y normas propios de la disciplina, u otra cosa, tal vez el ‘arte de gobernar’, cuyo estudio estaría mucho más cerca de las humanidades que de las ciencias, tanto naturales como sociales¹⁰.

La academia jurídica estadounidense moderna comienza en 1870, con el nombramiento de Christopher Columbus Langdell como Decano de la facultad de derecho de Harvard. La misión declarada de Langdell era transformar la enseñanza legal estadounidense en ‘análisis científico’, y había sido designado para el cargo por el presidente de Harvard Charles Eliot, quien era justamente un científico. Para Langdell, la ‘ciencia legal’ consistía, principalmente, en el arte de leer un conjunto relativamente cerrado de materiales que se podían encontrar en una biblioteca: las decisiones de los jueces, particularmente aquellas que provenían de tribunales de apelación¹¹. En base a estas decisiones, el científico legal luego discerniría, mediante el poder del análisis jurídico, las estructuras doctrinales dominantes que podrían unir tópicos tan aparentemente alejados como la venta de papas y la venta de esclavos en un mismo tema denominado ‘contratos’. No sabemos qué tan

10. Piénsese que el Imperio Británico tomaba muchos de sus administradores y líderes de entre los graduados de estudios clásicos e historia en Oxford y Cambridge, supuestamente basándose en que este entrenamiento desarrollaba la capacidad necesaria para el ‘juicio civilizado’. C. J. Dewey, “The Education of a Ruling Caste: The Indian Civil Service in the Era of Competitive Examination”, 88 ENG. HIST. REV. 262 (1973).

11. Como explicó Langdell:

Si se considera que el derecho es una ciencia, apenas se discutirá que es una de las ciencias más grandes y difíciles y que necesita toda la luz que los más iluminados centros de estudio puedan darle. Nuevamente, el derecho puede ser aprendido y enseñado en una universidad por medio de libros impresos... Si los libros impresos son la máxima fuente de todo el conocimiento legal; si cada estudiante que quiera obtener algún manejo del derecho como ciencia debe acudir a estas fuentes máximas; y si la única ayuda que le es posible recibir al alumno es la que puedan darle los profesores que han transitado el mismo camino antes que él, entonces una universidad, y sólo una universidad, puede proveer los medios posibles para enseñar y aprender derecho... También hemos inculcado constantemente la idea de que la biblioteca es el taller apropiado para profesores y alumnos indistintamente; que es para nosotros lo que los laboratorios de la universidad son para los químicos y físicos, lo que los museos de historia natural son para los zoólogos, y lo que los jardines botánicos son para los botánicos.

Christopher Columbus Langdell, *Preface to the First Edition*, en Christopher Columbus Langdell, *A Selection on the Law of Contracts* (2d ed. 1879). Véase también *ibid.*, pág. VIII (explicando el propósito de la selección de casos). Como el profesor Hans Badde ha señalado en una conversación con Levinson, el libro original de casos sobre contratos de Langdell incluía más casos del Reino Unido que de los Estados Unidos.

‘culto’ era Langdell, pero estamos bastante seguros que hubiese mirado con desconfianza a un estudiante (o profesor de derecho de Harvard) que pensara que era más importante sumergirse en la lectura de Dante o Shakespeare que en un libro sobre jurisprudencia de los tribunales. Sería algo así como que un paleontólogo prefiriera leer a Aristóteles antes que evaluar cuidadosamente la evidencia fósil.

Desde Langdell, el psicodrama más común en la educación legal estadounidense ha consistido en un ataque feroz y recurrente a la bestia langdelliana en nombre del humanismo, las ciencias sociales, o cualquier otra forma de interdisciplinaria, seguido de la resurrección –cual fénix que emerge de sus cenizas– de algunos elementos del programa original de Langdell para analizar bibliografía jurídica y casos judiciales (aunque ahora apropiadamente permeado por un rocío de fuentes no legales). Aun así, hoy en día sólo los académicos más temerarios describirían el análisis doctrinario como ‘científico’. Hoy por hoy, el término preferido, especialmente por aquellos educados en la facultad de derecho de Harvard,¹² es ‘oficio’ [*craft*], un término que continúa siendo utilizado de manera evaluativa. (Y pocos entenderían por oficio jurídico la habilidad de entretejer referencias a Homero, Hume, o Rabelais). Como veremos, sin embargo, el movimiento altamente influyente del derecho y la economía [*law and economics*], que ha venido haciendo incursiones firmes en la academia estadounidense desde comienzos de los años ‘70, no es en absoluto reacio a enfatizar el estatus científico de la economía para justificar la reivindicación de su propia autoridad. Y así, el drama continúa.

II. *Internalismo y externalismo*

Nuestro análisis anterior planteó tres cuestiones: si el derecho se basta a sí mismo o precisa ayuda de fuentes externas; si el derecho es una disciplina o sólo un tipo de estudios de área; y si el razonamiento legal es una ciencia particular o forma un continuo con –y en ese caso podría ser alentado apropiadamente por– el conocimiento y las habilidades de otras áreas de estudio. Cada pregunta sugiere una división básica entre un enfoque ‘internalista’ y uno ‘externalista’ de la educación legal y el derecho. Cada uno de estos enfoques puede, a su vez, ser dividido en dos temas básicos. Primero, ¿qué métodos, habilidades y formas de conocimiento son necesarios o apropiados para argumentar, analizar, discutir y decidir cuestiones legales? Estos métodos, ¿son totalmente internos al derecho o provienen de afuera? Esta es la pregunta sobre el canon de la disciplina. Segundo, ¿qué actitud debería tener al respecto un estudiante o académico del derecho? El estudiante o académico, ¿debe ser un participante que se vea a sí mismo profundizando los objetivos y propósitos de la empresa del derecho, o debería adoptar la actitud (relativamente) distante de un científico social que estudia un fenómeno social desde afuera? Esta es la pregunta sobre la actitud con respecto a la disciplina.

12. Sobre la Universidad de Harvard y la tradición del ‘oficio’, véase por ejemplo Laura Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, 219 (1986); Joel Seligman, *The High Citadel: The Influence of Harvard Law School* 78 (1978); Neil Duxbury, *Faith in Reason: The Process Tradition in American Jurisprudence*, 15 *Cardozo L. Rev.* 601, 635 (1993); véase también Richard A. Posner, *Overcoming Law* (1995) (atacando la tradición académica asociada con Herbert Wechsler) pág. 81.

Aunque hemos utilizado el término ‘cuestiones legales’ en ambas formulaciones, lo que cuenta como una cuestión legal desde la perspectiva interna puede diferir bastante de lo que califica como una ‘cuestión legal’ desde la perspectiva externa. La primera podría incluir preguntas sobre la mejor manera de interpretar la frase “antes del 31 de diciembre” en la legislación federal sobre demandas de minería,¹³ o de la palabra “tortura” en varias leyes federales o convenciones internacionales¹⁴. La última podría incluir preguntas como: “¿Por qué se modificó el derecho de daños durante la revolución industrial?” o “¿Por qué tantas empresas prefieren el derecho de Delaware?”

Un abordaje interno al canon disciplinario formula dos afirmaciones. Primero, que hay un grupo de argumentos, enfoques, técnicas y formas de conocimiento que son particulares del derecho y que uno debe dominar para discutir sobre derecho de forma competente, interpretar documentos legales, y resolver disputas jurídicas. Segundo, que estas habilidades distintivas son más o menos suficientes para decidir cuestiones legales. Hasta tiempos recientes, la visión interna ha sido la perspectiva tradicional de la facultad de derecho estadounidense, cuyos docentes han tendido a verse a sí mismos como jueces frustrados [*manqué*] que (consciente o inconscientemente) invitan a sus alumnos a jugar el rol de jueces al hablar y argumentar acerca del derecho.

Por el contrario, un abordaje externo al canon disciplinario sostiene que las discusiones acerca del derecho están incompletas si no se utilizan conocimientos y técnicas de otras disciplinas, incluyendo, con mayor preeminencia, a las ciencias naturales, a las ciencias sociales, y a las humanidades. La visión moderada de la posición externalista sostiene que todos estos son complementos necesarios para un estudio serio del derecho; una versión más extrema afirmaría que son suficientes, y que la ‘razón artificial de la ley’ que Coke defendía ofusca lo que realmente ocurre en la toma de decisiones legales. Para el externalista radical, el proceso de toma de decisiones legales es tan sólo una forma especial del proceso de toma de decisiones políticas o morales, y, por lo tanto, será llevado a cabo de mejor modo en la medida en que pueda hacer uso de esas formas de conocimiento que ayudan a las personas al momento de tomar decisiones políticas o morales.

Paralelamente existe una disputa sobre la actitud disciplinaria apropiada que uno debe tener sobre la misión del derecho. Para los internalistas, el sentido mismo de estudiar derecho es lograr profundizar la tarea de decidir casos legales y justificar doctrinas jurídicas. Esto puede llevarse a cabo tanto a un nivel muy concreto de síntesis doctrinaria como en los niveles más abstractos de la teoría jurídica. En ambos casos, de todas maneras, el punto es lograr promover el avance de la misión del derecho. Una actitud internalista hacia el derecho se identifica con el derecho y sus objetivos. Puede esperar volver al derecho más racional, más coherente o más justo; puede buscar ofrecer la perspectiva más persuasiva acerca del derecho o un documento legal con el objetivo de satisfacer el interés de un cliente; o puede estar simplemente dedicada a explicar lo que la ley es y a insistir en que la ley sea obedecida porque es la ley.

13. Véase *United States v. Locke*, 471 U.S. 84 (1985).

14. Véase, por ejemplo, Sanford Levinson, “In Quest of a ‘Common Conscience’: Reflections on the Current Debate About Torture”, 1 J. NAT’L SEC. L. & POL. 231 (2005).

Al contrario, una actitud externalista estudia al derecho como un fenómeno social, de la manera en que un antropólogo puede estudiar las antiguas creencias religiosas mayas sin adherir a ellas. Uno puede necesitar pensar el derecho desde la perspectiva interna para comprender cómo opera, pero el sentido de esta comprensión no es profundizar la misión del derecho sino entender su historia y sus efectos sociales. Un externalista no pregunta “¿cuál es la mejor interpretación de este documento legal?”; ni siquiera “¿cómo puedo producir argumentos que persuadan al juez para decidir a favor de mi cliente?” Más bien, uno puede estudiar cuestiones tales como quién es el que reivindica la autoridad para interpretar; cuáles son los antecedentes políticos y sociales de quienes deciden (y cuál es la conexión entre las decisiones que toman y esos antecedentes); quién se beneficia o pierde realmente con esas decisiones; cómo se organizan los movimientos sociales alrededor de ciertos tipos de demandas legales e influyen sobre el proceso de toma de decisiones jurídicas; y finalmente, si el proceso de toma de decisiones jurídicas tiene un mayor o menor efecto en el mundo real que el que los jueces y abogados piensan que tiene. Estas preguntas tienden a ser el foco del que parten los científicos sociales que estudian el derecho. De forma parecida, los críticos literarios pueden estar interesados en las operaciones retóricas del derecho, los historiadores pueden estar interesados en el desarrollo del derecho en su contexto social y político, y así sucesivamente.

La división entre las actitudes internalistas y externalistas sobre el derecho es análoga, en algunos sentidos, a la pregunta de si una facultad de derecho es más parecida a una escuela de teología o a un departamento de estudios religiosos. Aunque puede haber algunos ateos estudiando teología en seminarios y verdaderos creyentes en el departamento de estudios religiosos, en general la distinción entre estos departamentos es clara: participar en la vida intelectual del seminario equivale, con muy raras excepciones, a promover la fe y la realización de las creencias y valores de una religión particular a la que uno es devoto; en contraste, un departamento de estudios religiosos no implica necesariamente el requisito de que aquel que enseña o aquellos que estudian crean en las religiones sobre las que estudian o enseñan. El objetivo más bien es estudiar los aspectos sociales, históricos, políticos y económicos de la(s) religión(es).

En la medida en que la facultad de derecho sea como una escuela de teología, sus profesores *creerán* en la misión del derecho (incluyendo la suspensión de la incredulidad que es necesaria para separar lo que se considera ‘derecho’ de lo que se considera ‘política’). Muchos practicarán derecho o darán consejos legales a otros, y todos buscarán inculcar a sus alumnos las técnicas necesarias para discutir con quienes toman las decisiones jurídicas, que también son internos a ese sistema. Sin embargo, en la medida en que las facultades de derecho sean ‘departamentos de derecho’, sus profesores no necesitarán practicar el derecho y puede no importarles particularmente si algún caso se decide correctamente desde la perspectiva interna. Más bien, su objetivo será estudiar el derecho como fenómeno literario, cultural, económico o social. Si en alguna ocasión presentaran argumentos acerca de lo que el derecho debería ser, su razonamiento partiría centralmente desde la posición de lo que sería una buena política política, un tema diferente a lo que el derecho ordena o requiere.

Uniendo estas distinciones, podemos ver que hay cuatro combinaciones básicas de visiones externas e internas acerca del canon disciplinario y la actitud disciplinaria:

	Usar materiales y habilidades internas a la práctica tradicional del derecho para estudiar y decidir ‘cuestiones legales’	Usar materiales y habilidades externas a la práctica tradicional del derecho para estudiar y decidir ‘cuestiones legales’
Actitud internalista sobre la empresa del derecho	1	2
Actitud externalista sobre la empresa del derecho	4	3

A riesgo de exagerar, podríamos decir que la historia de la academia legal estadounidense en el siglo veinte ha sido un continuo vaivén de la casilla 1 a la 2, con una incursión ocasional en la casilla 3. Esto es especialmente así si vemos al langdellianismo como la personificación de la casilla 1, una creencia fuerte en que el sentido del estudio del derecho es promover sus valores profesionales, a la par de una creencia igualmente fuerte en una ciencia legal internalista tanto necesaria como suficiente para analizar y resolver cuestiones jurídicas correctamente. Los académicos jurídicos norteamericanos han reaccionado a los esfuerzos de Langdell de dos maneras. Han conservado el fin ulterior de promover objetivos profesionales, al tiempo que han apelado a las últimas herramientas interdisciplinarias disponibles para lograr cumplir dichos objetivos (casilla 2). O, insatisfechos con las restricciones intelectuales que son necesarias para mantener la actitud internalista, han buscado estudiar el derecho como un hecho social, cultural, político, histórico, literario, religioso o económico, utilizando cualquier recurso disciplinario que creyeran que era más apropiado para la tarea (casilla 3).

La casilla 4, una actitud externalista que insiste en utilizar sólo materiales internos a la empresa tradicional del derecho para realizar su trabajo, ha sido relativamente poco frecuente en la academia jurídica estadounidense. No es difícil imaginar la razón. Una vez que uno abandona la creencia de que debe mirar el derecho desde la perspectiva de los abogados, jueces y practicantes legales, es difícil evitar el empuje gravitacional de otras disciplinas. Sin embargo, un abogado o filósofo legal influenciado por Wittgenstein puede concluir que si el derecho es una forma distintiva de vida social, la única manera de comprometerse realmente con el discurso legal es sumergirse en sus formas y prácticas características. En ese caso, uno volvería a la casilla 1. De hecho, esta es la mirada de muchos académicos jurídicos.¹⁵

La interdisciplinariedad, deberíamos remarcar, ha sido en su mayor parte una invención estadounidense; recién ahora un número significativo de académicos legales en otros países, sin duda influenciados por la academia estadounidense, se está interesando por las agendas de investigación interdisciplinaria. Para consternación de los norteamericanos, las tendencias formalistas en otros países, especialmente en América Latina y Europa, se mantienen bastante fuertes. Sin embargo, en retrospectiva, la apelación a otras disciplinas en los Estados Unidos parecía inevitable. Los norteamericanos son pragmáticos y aman la

15. Philip Bobbit, *Constitutional Interpretation* (1991); Dennis Patterson, *Law and Truth* (1996).

autoridad de la ciencia. La propia afirmación de que el derecho se basta a sí mismo choca claramente con el hecho de que las modalidades más familiares de razonamiento legal parecen frecuentemente requerir conocimientos que otras disciplinas pueden proveer fácilmente. Por ejemplo, el razonamiento jurídico está poblado de argumentos acerca de qué regla legal tendría mejores consecuencias. Estos argumentos, seguramente, podrían enriquecerse del trabajo llevado a cabo por una gran variedad de disciplinas de las ciencias sociales, incluyendo, de modo más prominente, a la sociología y a la economía. Los argumentos sobre estructura constitucional podrían beneficiarse del aprendizaje de los cientistas políticos, y los argumentos sobre la mejor manera de interpretar un texto ambiguo podrían beneficiarse del trabajo de teóricos de la elección pública, así como del de expertos en teoría literaria. No sorprende que los académicos del derecho hayan acudido, en los últimos 50 años, a todas estas disciplinas y también a otras.

Luego, también, los abogados norteamericanos formulan continuamente argumentos acerca de la historia legislativa y constitucional, particularmente cuando apelan a los entendimientos de la generación fundadora. Rechazar la importancia del entrenamiento específico en historia implicaría sugerir, en efecto, que “cualquiera puede hacer historia”, que no hay ninguna metodología distintiva (o grupo de metodologías) que requiera años de entrenamiento disciplinario. Los abogados norteamericanos se precian particularmente por su versatilidad y habilidad para absorber hechos rápidamente, y así los académicos legales muchas veces se han convencido de que el trabajo de otras disciplinas no les plantea ningún tipo de desafío. Mark Tushnet, un reciente presidente de la *American Association of Law Schools* [*Asociación Norteamericana de Facultades de Derecho*], se refirió una vez, mofándose, a lo que denominó “el abogado como astrofísico”,¹⁶ la idea o fantasía de que un abogado inteligente, equipado sólo con un J.D.,• puede, en un fin de semana, volverse lo suficientemente competente en la literatura relevante de los astrofísicos como para participar en las conversaciones de nivel profesional (o en una sesión interrogando a testigos) de aquellos que han dedicado su vida al tema. Existe un término técnico para esta actitud particular de los abogados: temeridad [*chutzpah*].••

Es un chiste con algo de verdad. Considérese que ninguno de los dos ‘originalistas’ más prominentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos –los Jueces Scalia y Thomas– tiene entrenamiento profesional alguno como historiador, pero eso no los ha detenido al momento de criticar a sus colegas y a otros por no atenerse a lo que los constituyentes quisieron decir. A diferencia de esto, la mayoría de los académicos que tienen un título conjunto en derecho y en historia tienden a ser bastante escépticos acerca de los argumentos de los más estrictos ‘originalistas’, no en menor medida debido al hecho de que la mayoría de los historiadores entrenados son considerablemente más moderados en sus conclusiones acerca del significado de hechos pasados que los abogados originalistas. A decir verdad,

16. Véase Mark Tushnet, "Constitutional Scholarship: What Next?", 5 CONST. COMMENT. 28, 31. (1988); Mark V. Tushnet, "Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies", 57 TEX. L. REV. 1307, 1338 n. 140 (1979).

• N. de la T.: abreviación de ‘Juris Doctor’, el título profesional de postgrado que recibe el estudiante de derecho al graduarse.

•• N. de la T.: el vocablo ‘chutzpah’, derivado del yiddish, denota una auto-confianza extrema.

una crítica familiar a los abogados, sean o no originalistas, es que se involucran demasiado seguido en lo que se denomina ‘historia de estudio jurídico’, tergiversando las fuentes históricas para apoyar sus conclusiones jurídicas preferidas.

Así, podemos ver que este sentimiento natural de exagerada confianza que tienen los abogados produce dos efectos diferentes y opuestos. Por un lado, los abogados en el pasado rechazaron el trabajo de otras disciplinas porque creyeron que ellos mismos podían hacer todo. Por el otro lado, los académicos jurídicos hoy adoptan otras disciplinas, pero su trabajo interdisciplinario puede resultar superficial porque, una vez más, creen que pueden ponerse al tanto con comparativamente poco esfuerzo. La broma de Tushnet acerca de los “abogados como astrofísicos” no estaba dirigida a los abogados que rechazaban los estudios interdisciplinarios, sino a aquellos demasiado ansiosos por adoptarlos. De todas maneras, notamos que la superficialidad de la interdisciplinariedad legal está retrocediendo en cierto modo, a la par que más y más abogados con un título de doctorado en otra disciplina [*J.D./Ph.D.*’s] entran a la profesión docente, y a medida que el campo se vuelve más sofisticado en sus objetivos y acercamientos.

El progreso en sentido de las agujas del reloj de la casilla 1 a la 2 y a la 3, sin embargo, es simplemente una tendencia general, y sobre-simplifica una historia mucho más compleja. De hecho, una fuerza gravitacional muy poderosa tira continuamente de la errante academia jurídica en una dirección en sentido contrario a las agujas del reloj: hacia una actitud interna tanto sobre el sentido del estudio del derecho como sobre los materiales tradicionales de la práctica legal. Esa fuerza gravitacional es el profesionalismo, el hecho de que, a diferencia de la mayoría del resto de los académicos de las humanidades, los académicos jurídicos enseñan en escuelas profesionales diseñadas para producir abogados practicantes que estén completamente inmersos en la misión del derecho, y que deben ser entrenados para formular argumentos jurídicos tradicionales, acerca de materiales legales tradicionales, frente a jueces y otros encargados de tomar decisiones legales. Aunque es seguro decir que un número creciente de académicos habita actualmente la casilla 2 –y que crecientemente se espera de los nuevos contratados que traigan técnicas interdisciplinarias a su producción académica si quieren recibir un cargo permanente–, hay presiones muy fuertes que evitan que se muevan a la casilla 3 y se mantengan permanentemente ahí. En este aspecto, las facultades de derecho siguen teniendo mucho más en común con las escuelas de teología que con los departamentos de estudios religiosos.

III. El ascenso de los estudios legales interdisciplinarios

Los estudios legales interdisciplinarios son el resultado de un largo y lento proceso que se dio irregularmente durante el siglo veinte, aunque seguramente fue anunciado en el libro “La senda del derecho”¹⁷ de Holmes. Expuesto en los términos del diagrama anterior, Holmes alentaba a los abogados a moverse de la casilla 1 a la casilla 2 tan rápido como pudieran. Holmes insistía en que conformarse con las prácticas tradicionales de argumentación jurídica era anticuado. “Es repugnante no tener una mejor razón para

17. Holmes, *supra* nota 5, pág. 457.

justificar una norma jurídica que el que haya sido establecida en los tiempos de Enrique IV.”¹⁸ Sugería, en particular, que “cada abogado buscara entender de economía”.¹⁹

En completo contraste con la visión de Learned Hand del derecho como parte de una noble república de las letras, Holmes mantenía una visión de interdisciplinariedad que buscaba deshacerse de todas las formas de sentimentalidad humanista. El derecho era un “negocio” –insistía Holmes– en el cual “la gente... paga a los abogados para que discutan por ellos”, y “predice... la incidencia de la fuerza pública a través del instrumento de los tribunales”.²⁰ En uno de los pasajes más famosos de “El sendero del derecho”, Holmes argumenta que para entender derecho uno debe verlo desde la perspectiva del “hombre malo”,²¹ quien desea la asistencia del abogado sólo en la medida en que lo ayude a alcanzar sus propias metas egoístas, sin importar cuáles sean las consecuencias para la justicia o el mayor bienestar de la sociedad. La tarea del abogado –argumenta Holmes– es asesorar a estos “hombres malos” y ayudarlos a alcanzar sus metas dentro de los parámetros de la doctrina jurídica. El derecho, según Holmes, era fácilmente confundido con la moral, y por eso Holmes especulaba “si no implicaría una ganancia que cada palabra con significado moral fuera borrada del derecho.”²²

Mientras que Hand daba la bienvenida a la influencia edificante de las humanidades, Holmes se esforzaba por hacer al derecho más científico e incluso industrial. Téngase en cuenta que la lista de grandes libros de Hand no incluía a un solo economista –ni siquiera a Adam Smith– y que la alternativa imaginada por Holmes al derecho como la letra de la ley eran “las estadísticas”. La predicción de Holmes se cumplió, pero sólo en parte. La economía se ha convertido de hecho en la invasión disciplinaria más exitosa a los estudios legales, aunque “el hombre de las estadísticas” aún no ha desplazado completamente al “hombre de la letra de la ley”. Más bien, la inclusión de la economía y otras disciplinas ha creado un clima de tensión continua –y en unas pocas instituciones, de guerra abierta– acerca de la naturaleza y el futuro de la educación legal. Sin embargo, Holmes podría sentirse satisfecho por las recientes tendencias en las políticas de contratación de las facultades de derecho. Aunque la mayoría de los profesores aún son contratados con sólo un título de abogado [*J.D.*], una creciente proporción de los nuevos contratados tienen doctorados en otras disciplinas [*Ph.D.*], particularmente en historia, filosofía y economía. Muy pronto, si es que no ya, un doctorado en economía se va a convertir en una necesidad para aquellos que busquen hacer trabajo de punta en derecho y economía, en campos como el derecho antimonopolio y el derecho corporativo en las más prestigiosas facultades de derecho. Sin duda veremos cada vez más historiadores y filósofos del derecho con doctorados en historia y filosofía.

Muchos factores contribuyeron al foco crecientemente interdisciplinario del derecho. En primer lugar, las universidades estadounidenses produjeron un exceso de doctorados [*Ph.D.*] en los años ‘60 y ‘70, y algunos de estos estudiantes gravitaron a las facultades

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*, pág. 474.

20. *Ibid.*, pág. 461

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, pág. 464. Para un análisis en mayor profundidad de este punto, véase Sanford Levinson y J. M. Balkin, “The ‘Bad Man,’ the Good, and the Self-Reliant”, 78 Boston U. L. REV. 885 (1998).

de derecho, y llegado el caso a la academia legal, trayendo consigo su entrenamiento y perspectivas interdisciplinarias. Fundaciones como la *Ruseell Sage Foundation* promovieron activamente el uso de las ciencias sociales para estudiar el derecho.²³ En segundo lugar, el movimiento por los derechos civiles y la segunda ola del feminismo norteamericano abrieron las puertas a una generación de mujeres y de miembros de grupos minoritarios, que comenzaron a ingresar a las facultades de derecho en mayor número en las décadas de 1970 y 1980. Lento pero seguro, las mujeres y los miembros de grupos minoritarios entraron a formar parte de los rangos de la academia jurídica, trayendo consigo nuevas formas de abordaje, así como nuevas adhesiones a los cánones jurídicos. Para criticar los arreglos jurídicos existentes, el feminismo jurídico, la teoría crítica de la raza, y los estudios legales sobre la homosexualidad [*gay legal studies*] tomaron mucho de otras disciplinas, particularmente de las humanidades. Profesores de derecho como Patricia Williams y Derrick Bell combinaron deliberadamente sus estudios legales con modelos literarios, mientras que otras feministas y expertos de la teoría crítica de la raza experimentaron con la narrativa como un método de crítica social y jurídica.²⁴ El movimiento del derecho y la literatura que discutiremos más adelante en este trabajo se superpuso con el nuevo énfasis en los estudios de raza, género y orientación sexual en las facultades de derecho.

En tercer lugar encontramos el factor que puede ser el más importante. La invasión interdisciplinaria que comenzó en los '60 y '70 fue el resultado de tendencias a largo plazo en el gobierno estadounidense, que comenzaron mucho más temprano con el nacimiento del estado regulador y administrativo a comienzos del siglo veinte. Las formas jurídicas clásicas resultaron inadecuadas para comprender las realidades cada vez más complejas de gobierno. No es simplemente que uno perdió su fe en la habilidad de los jueces para resolver, utilizando modos tradicionales de razonamiento jurídico, sobre la gran variedad de temas que se les presentan a diario en los tribunales, legislaturas y órganos administrativos. Uno también perdió la fe en un cierto tipo de tarea legislativa, según el cual un cuerpo parlamentario (por ejemplo, el Congreso), luego de una debida deliberación, llegaría a alguna decisión, reflejada explícitamente en una ley, acerca de un tema social controvertido.

23. Uno de nosotros (Levinson) fue a la Universidad de Stanford en 1970 como cortesía de una beca de la Fundación Russell Sage luego de haber obtenido un Ph.D. en ciencia política en Harvard. Sin embargo, dado que la beca era sólo para dos años, uno puede dudar si la Fundación realmente pretendía alentar a sus becados a convertirse en abogados, mucho menos que ellos migraran a la academia legal desde departamentos de ciencias sociales. Habiendo dicho esto, Levinson no sólo tiene un cargo compartido en el Departamento de Gobierno de la Universidad de Texas, sino que su trabajo reciente está volviendo a sus raíces como científico político. Véase, por ejemplo, Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)* (2006) (critica características estructurales de la Constitución que raramente son consideradas en la academia legal); David Law y Sanford Levinson, "Why Nuclear Disarmament May be Easier to Achieve than an End to Partisan Conflict over Judicial Appointments", 39 U. Richmond L. Rev. 923 (2005) (analiza la teoría de juegos de los conflictos en el Congreso sobre el nombramiento de funcionarios del poder judicial).

24. Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (1991); Derrick Bell, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest For Racial Justice* (1987); *Critical Race Theory: The Cutting Edge* (Richard Delgado, ed., 1995); *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed The Movement* (Kimberlé Crenshaw et al. eds., 1995); Carrie Menkel-Meadow, "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School" ", 38 J. LEGAL EDUC. 61 (1988).

En cambio, al menos desde el New Deal, el Congreso cada vez más frecuentemente ha adoptado legislación ordenando que los órganos administrativos tomen sus propias decisiones “en el interés público” o para salvaguardar “la salud pública”. El análisis jurídico estándar no provee ningún tipo de guía para decidir qué constituye el “interés público”. En la medida en que, en el siglo veinte, se les fue delegando a los tribunales temas cada vez más complejos de gobierno (o ellos los tomaron por sí mismos, dependiendo de la versión de la historia que prefiramos), su trabajo comenzó a confundirse con el trabajo de formación e implementación de políticas públicas. La revolución en el derecho de protección al consumidor que comenzó a mediados de siglo²⁵ y la revolución de los derechos simbolizada por la decisión en *Brown v. Board of Education*²⁶ en 1954 son tan sólo dos ejemplos. A decir verdad, más emblemática que *Brown*,• en muchas maneras, fue la decisión que le siguió en 1955, *Brown II*, en la cual la Corte Suprema anunció que el poder judicial debía implementar el fallo original “con toda la rapidez posible”.²⁷ Esto significaba, como cuestión práctica, que los tribunales asumirían una responsabilidad de largo plazo en el diseño y control de los remedios judiciales para luchar contra las violaciones constitucionales y los males sociales que habían identificado. En palabras de Owen Fiss, el país y los tribunales habían ingresado a la era de los “mandatos estructurales”, en los que los tribunales tenían la facultad de supervisar diversos rasgos de la vida social, desde los departamentos policiales y los hospitales psiquiátricos a los lugares de trabajo, los distritos escolares y las prisiones.²⁸ Los tribunales ya no eran oráculos aislados, protectores de verdades jurídicas eternas. Como las legislaturas y los órganos administrativos, fueron ampliamente vistos, para bien y para mal, como agentes de cambio social y promotores de políticas sociales.

Estas realidades tuvieron consecuencias considerables en la filosofía jurídica. La tendencia básica en los estudios del derecho del siglo veinte, al menos en los Estados Unidos, ha sido un rechazo de lo que los juristas llaman con desdén ‘formalismo’. El formalismo en sí mismo es un concepto más bien vago; a veces uno siente que refiere a cualquier cosa que el locutor cree que está mal con el estudio y la práctica del derecho.²⁹ De hecho, en la medida en que formalismo significa la creencia en la importancia de las reglas para organizar la conducta, la creencia en el formalismo nunca ha abandonado la academia jurídica; a decir verdad, es más

25. Véase *Greenman v. Yuba Power Prods., Inc.*, 377 P.2d 897 (Cal. 1962); *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 150 P.2d 436, 440 (Cal. 1944) (Traynor, J., concurrente); *Henningsen v. Bloomfield Motors*, 161 A.2d 69 (N.J. 1960); William L. Prosser, “The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)”, 69 YALE L.J. 1099, 1114 (1960). Para una breve reseña histórica, véase George L. Priest, “The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law”, 14 J. LEGAL STUD. 461 (1985); Robert L. Rabin, “Restating the Law: The Dilemmas of Products Liability”, 30 U. MICH. J.L. REFORM 197 (1997); Gary T. Schwartz, “The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law”, 26 GA. L. REV. 601 (1992). 26. 347 U.S. 483 (1954).

• N. de la T.: sobre este tema, véase el trabajo de Reva Siegel publicado en este número.

27. *Brown v. Bd. of Educ.*, 349 U.S. 294, 301 (1955).

28. Owen M. Fiss, “The Supreme Court October 1978 Term: Foreword: The Forms of Justice”, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979); véase también Edwin L. Rubin and Malcolm M. Feeley, *Judicial Policy Making and The Modern State: How The Courts Reform America's Prisons* (1998).

29. Véase la imaginativa lista de los diferentes casos de formalismo formulada por Robert Gordon y las razones por las cuales la gente se oponía a éstos en Robert W. Gordon, “The Elusive Transformation”, 6 Yale J.L. & Humanities 137, 154-57 (1994) (analizando Morton J. Horwitz, *The Transformation Of American Law 1870-1960: The Crisis Of Legal Orthodoxy* (1992)).

popular que nunca.³⁰ Lo que los juristas norteamericanos rechazaron durante el siglo veinte no fue ni las reglas ni la aplicación de las reglas, sino dos presuposiciones sobre el razonamiento jurídico: (1) la creencia de que la única labor de la mente jurídica es llegar a la solución correcta de problemas jurídicos a través de las fuentes del derecho y el análisis de su lógica interna, y (2) la creencia correlativa de que la lógica interna de esos materiales, y no alguna forma de conocimiento por fuera de ellos, determina si un argumento jurídico es bueno o malo. La teoría jurídica en el siglo veinte en los Estados Unidos rechazó repetidas veces este tipo de internalismo a favor, por un lado, del realismo, y por el otro, del procedimentalismo.

El realismo refiere a los temas generalmente asociados con el movimiento jurídico realista norteamericano; esto es, que (1) los actores jurídicos no toman ni pueden tomar decisiones completamente libres de sus creencias y actitudes ideológicas; (2) el razonamiento jurídico tiene mucho en común con el razonamiento político y el debate sobre políticas públicas; (3) los jueces descansan inevitablemente en una gran variedad de normas no jurídicas a la hora de decidir casos concretos; y (4) los abogados, jueces y doctrinarios deberían intentar que el derecho sea sensible a los hechos del mundo, a los abordajes de otras disciplinas, y sobre todo, a los cambios en la sociedad en su conjunto. Esas actitudes llevan bastante rápidamente a la interdiscipliniedad, y muchos de los juristas realistas originales adoptaron ávidamente las ciencias sociales en los años ‘30 y ‘40 con la esperanza de que les ayudaran a resolver cuestiones importantes de administración legal. No obstante, los realistas lograron sólo un progreso limitado durante esos años, debido a una combinación de factores: la dificultad de conseguir financiamiento para estudios de ciencias sociales, la naturaleza rudimentaria de las ciencias sociales en los Estados Unidos, y el hecho de que los primeros realistas, que habían sido entrenados con las doctrinas jurídicas tradicionales, no eran particularmente buenos haciendo ciencias sociales.³¹ De la manera en que ha sido

30. Véase, por ejemplo, Fredrick Schauer, “Formalism”, 97 YALE L.J. 509 (1988).

31. John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995). Unos debates igualmente importantes sobre *rule of law* habían tenido lugar en Europa a fines del siglo diecinueve y principios del veinte, provocados por el aumento de la política basada manifiestamente en las clases sociales, el desarrollo del estado administrativo de bienestar, y las presiones de la guerra. Albert Venn Dicey, un abogado constitucional inglés, se lamentó por lo que él veía como la muerte potencial del “*rule of law*” en las garras del nuevo estado regulador. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1st ed. 1885) (Sus observaciones luego se harían influyentes en este país a través de los argumentos análogos hechos en *The Road to Serfdom* (1944) por Frederick Hayek. Todavía otros debates fundamentales tuvieron lugar en Alemania entre Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt y Franz Neumann. Véase, por ejemplo, William Scheurman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (1997). Aunque poco de este debate se filtró a las academias legales estadounidenses, sí influyó a un número de otras disciplinas en los Estados Unidos. El ataque norteamericano a las pretensiones del ‘*rule of law*’ fue llevado a cabo casi exclusivamente por personas relacionadas con políticas ‘progresistas’ y la defensa del New Deal y el Estado administrador. En contraste, aquellos que atacaban el ‘*rule of law*’ en Europa podían ser tanto autoritarios de derecha, como Schmitt, como progresistas de izquierda. Verdaderamente, como Edward Purcell demostró hace algunos años, muchos realistas legales norteamericanos fueron castigados considerablemente en las décadas de 1930 y 1940, cuando los ataques al ‘*rule of law*’ fueron identificados con el nacionalsocialismo [*National Socialism*] y el comunismo. Véase Edward Purcell, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism & The Problem of Value* (1973). Esto no significaba necesariamente, por supuesto, que las críticas al ‘*rule of law*’ fueran genuinamente superadas, sino que sólo fueron echadas de lado en lo que tendía a convertirse, especialmente en la década de 1950, en una celebración del orden legal norteamericano. La emergencia del movimiento de los derechos civiles en la década de 1960 y la guerra de Vietnam terminaron con esa celebración, con el renacimiento del realismo legal norteamericano en la forma de lo que vino a llamarse los Estudios Críticos del Derecho [Critical Legal Studies].

desarrollado a lo largo de los años, el realismo norteamericano es tanto un sentimiento como un grupo de doctrinas. Refleja la experiencia, sentida alguna vez por todo aquel que estudia derecho, de que el discurso de los abogados, y las formas de razonamiento jurídico, están con frecuencia demasiado enmohecidos, limitados y cerrados sobre sí mismos, y por ende pierden inevitablemente contacto con las realidades sociales y políticas.

La segunda gran tendencia en la teoría jurídica estadounidense del siglo veinte fue el procedimentalismo [*proceduralism*]. Éste, verdaderamente, se volvió la respuesta preferida a lo que algunos consideraban el ‘nihilismo’ del realismo jurídico. Como el realismo, también respondía a los problemas planteados por el ascenso del estado administrativo. El procedimentalismo comienza con la premisa irrefutable de que las disputas legales muchas veces traen aparejadas cuestiones controversiales de moral y política pública. Esto es particularmente cierto respecto de la clase de problemas que deben enfrentar los órganos administrativos que, paulatinamente, aceptaron tareas más elaboradas y extendieron la influencia estatal a áreas cada vez más extensas de la vida social en el siglo veinte. De acuerdo con las enseñanzas del procedimentalismo, si uno no puede decidir cuál sería la respuesta correcta en base a los méritos del caso, es mucho mejor crear una serie de procedimientos a partir de los cuales el sistema legal pueda decidir cuál es la ‘respuesta correcta’ a efectos del sistema legal. Los abogados están particularmente bien capacitados para esta tarea, porque crear y seguir procedimientos es su verdadera especialidad. La Escuela del Proceso Legal [*Legal Process School*] de los ‘50, identificada particularmente con Harvard, que era entonces indiscutiblemente la facultad de derecho dominante en los Estados Unidos, tomó y asimiló elementos de la crítica a los realistas,³² y concluyó que la labor de los abogados no era tanto decidir qué estaba bien o mal sino determinar qué institución en particular –la legislatura, el ejecutivo, la administración o el juez– era la que debía decidir qué estaba bien o mal, y cómo debía encarar esa decisión. Consecuentemente, los miembros de la Escuela del Proceso Legal invirtieron una gran cantidad de tiempo en pensar cuestiones como los métodos correctos de elaboración de las leyes; el balance de poderes entre las distintas ramas del gobierno federal, y entre el gobierno federal y los estados; el modo en que los tribunales debían valorar el estatus procesal de los reclamos iniciados por los litigantes; el modo en que los tribunales debían revisar las decisiones de las agencias administrativas, y así sucesivamente.

El procedimentalismo puede ser –y ha sido– ridiculizado como carente de sustancia. Ha sido criticado por fomentar que los abogados se enfoquen obsesivamente en minuciosidades formales, a la par que evita u oscurece aun más las cuestiones de justicia sustantiva y fomenta, entonces, nuevas excusas para el mantenimiento del *status quo*.³³ Pero al mismo

32. El texto clave, es, por supuesto, la famosa compilación de materiales hecha por Henry Hart y Albert Sachs, *Legal Process*, la que fue ofrecida sólo en una ‘edición tentativa’ manuscrita en 1958, y no fue publicada oficialmente hasta 1994. Henry M. Hart Jr. And Albert M. Sachs, *The Legal Process: Basic Problems In The Making And Application Of Law* 1374 (William N. Eskridge & Philip P. Frickey eds., 1994). Sobre el entorno intelectual de la Escuela del Proceso Legal, véase Neil Duxbury, *Patterns Of American Jurisprudence* 251-66 (1995); Morton J. Horwitz, *The Transformation Of American Law 1870-1960: The Crisis Of Legal Orthodoxy* 247-68 (1992); Barry Friedman, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, 112 *YALE L.J.* 153, 228-233, 241-47 (2002).

33. Véase, por ejemplo, Garry Peller, “Neutral Principles in the 1950’s”, 21 *U. MICH. J.L. REFORM* 561 (1988); William N. Eskridge, “Metaprocedure”, 98 *YALE L.J.* 945, 947-51, 962-66 (1989) (analizando Robert Cover, Owen Fiss and Judith Resnik, *Procedure* (1988)).

tiempo, el procedimentalismo tiene su propio compromiso normativo y su propia ética: una creencia en la deliberación metódica, y una convicción de que el sistema jurídico funciona mejor y gana mayor autoridad política cuando asigna decisiones difíciles y controversiales a las instituciones o personas que probablemente cuenten con la experiencia necesaria, o que tengan mayor legitimidad para tomar esa decisión.

El realismo y el procedimentalismo son los dos grandes legados de la filosofía del derecho estadounidense, y cada uno responde al otro en una gran dialéctica en espiral. Cada movimiento doctrinario importante en los Estados Unidos –y la mayoría de los no tan importantes también– le debe algo a esta dialéctica. El realismo demanda que los abogados miren más allá de sus fetiches procedimentales y presten atención al mundo tal como es, con todas sus imperfecciones e injusticias; busca abrir las cortinas que cubren los salones oscuros y enmohecidos del derecho, y traer la luz y el aire fresco de otras disciplinas para que el derecho pueda reflejar mejor las posturas y realidades sociales cambiantes. No sorprende que tanto los Estudios Críticos del Derecho [*Critical Legal Studies*][•] como el feminismo legal y la teoría crítica de la raza compartan la exhortación realista al derecho para que se despierte de su sueño dogmático, y para que preste atención a la complicidad de la ley con la jerarquía social. El procedimentalismo, por otra parte, teme que volver al derecho abiertamente político ponga en peligro su legitimidad. Insiste en que la clave para preservar los valores de la democracia, la justicia, y el estado de derecho provendrá de cultivar las cuestiones de procedimiento, incluso cuando ellas parezcan fútiles y abstractas para el mundo exterior.

El realismo y el procedimentalismo no sólo son el regalo de los Estados Unidos a la ciencia legal; son también los aspectos del pensamiento jurídico norteamericano que más lo distinguen de la tradición del derecho civil o continental [*civil law*], que ha tendido a ser mucho más formal en su aplicación. A la fecha, la mayor parte de los abogados europeos –y muchos profesores– encuentran la teoría jurídica estadounidense bizarra y casi como opuesta al ‘verdadero’ razonamiento jurídico. Los norteamericanos son mucho menos propensos a ahondar en las complejidades de los códigos legales para entender el modo en que cada parte cuadra con la otra. En su lugar, los estadounidenses se preguntan qué significado tendrían, para la mentalidad del derecho continental, cuestiones no legales como “qué regla sería más eficiente”, o “dado que inevitablemente la gente va a estar en desacuerdo acerca de ciertos valores básicos, qué procedimientos están mejor adaptados para resolver disputas sobre temas como el aborto, la acción afirmativa o la pena de muerte”.

De todos modos, lo que es particularmente importante para nuestros propósitos es que aunque el realismo (y, hasta cierto grado, el procedimentalismo) hicieron del derecho una empresa con ambiciones cada vez más interdisciplinarias, ninguno de ellos acercó necesariamente el derecho al estudio de las humanidades. (La única gran excepción, por supuesto, es la continuación de la tradición realista en el feminismo legal, la teoría crítica de la raza y los estudios críticos del derecho; cada uno de estos movimientos se ha nutrido del trabajo de filósofos, críticos literarios e historiadores de las humanidades). A

• N. de la T.: sobre esta corriente de pensamiento, véase el artículo de Duncan Kennedy publicado en la Revista (Año 7, Número 1, págs. 47-89).

decir verdad, tanto la fascinación de los realistas con los hechos como el intento procedimentalista por dominar el tipo de conocimiento necesario para dirigir el estado administrativo empujaron al derecho cada vez más lejos de la visión humanista que vemos en la cita inicial de Learned Hand, y lo acercaron cada vez más a una rama de la ciencia política. En este aspecto, Holmes demostró ser un mejor pronosticador que su amigo Hand. Era mucho menos probable que el realismo jurídico y la Escuela del Proceso Legal produjeran humanistas y personas renacentistas que economistas-abogados y tecnócratas. Esto generó todavía otro grupo de reacciones provenientes de aquellos que sentían, y siguen sintiendo, que el derecho ha perdido gran parte de su humanidad y su humanismo; estos académicos han buscado reconectar el estudio y la práctica del derecho con lo que ellos consideran ideales humanistas. Esta tendencia atraviesa divisiones ideológicas y movimientos diferentes en la academia jurídica estadounidense. Se puede encontrar en la ‘crítica de los derechos’ llevada adelante por algunos adeptos a los Estudios Críticos del Derecho; en los trabajos del movimiento de ‘literatura y derecho’,• que busca pensar al derecho en términos humanistas; y en el libro de Anthony Kronman *The Lost Lawyer*, que denuncia la práctica desalmada del derecho empresarial y los cálculos igualmente desalmados de la literatura académica contemporánea del movimiento del derecho y la economía.³⁴ La urgencia por recuperar el humanismo –frecuentemente identificado, sea correcta o incorrectamente, con lo que los miembros de los departamentos de humanidades están efectivamente haciendo estos días– es una especie de respuesta a las tendencias tecnocráticas de las facultades de derecho estadounidenses.

IV. La resistencia del derecho a la colonización

Aunque es imposible comprender la teoría jurídica contemporánea sin reconocer su fuerte carácter interdisciplinario, debemos reconocer que el derecho tiene una relación muy curiosa con la interdisciplinariedad. El derecho parece robar siempre elementos de otras disciplinas, absorbiendo sus perspectivas pero logrando al mismo tiempo mantenerse como derecho. A la inversa, muchas disciplinas han tratado de invadir al derecho y colonizarlo a lo largo de los años, pero aun así la academia jurídica continua produciendo juristas que formulan preguntas legales reconociblemente tradicionales. Por ejemplo, los argumentos acerca de lo que los jueces deberían hacer en casos particulares, sobre qué reglas legales se deberían crear, y sobre como deberían ser interpretados los textos legales y las doctrinas jurídicas todavía dominan el campo de estudio. ¿Qué explica la habilidad que el derecho tiene para tomar para sí influencias intelectuales externas sin ser alterado drásticamente, y para absorber las invasiones sucesivas de otros campos de investigación, en lo que podría verse como una estrategia intelectual de desgaste del oponente para luego contraatacar?••

• N. de la T.: sobre este movimiento, véase el artículo de Kenji Yoshino publicado en la Revista (Año 7, Número 2, págs. 5-61).

34. Anthony Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals Of The Legal Profession* (1993).

•• N. de la T.: los autores emplean la expresión ‘rope-a-dope’, un estilo de boxeo que consiste en recibir golpes de manera sostenida, con el fin de cansar al rival para luego contraatacar.

La razón se encuentra en el contexto institucional en el que se enseña derecho: la facultad profesional moderna.³⁵ La vasta mayoría de juristas son entrenados y enseñan en escuelas profesionales cuyo negocio principal es a la vez entrenar abogados que saldrán a practicar derecho, y que formularán argumentos jurídicos ante jueces, legislaturas, y órganos administrativos. Este contexto institucional reorienta continuamente la academia jurídica hacia sus orígenes profesionales y, muchos podrán decir, sus obligaciones profesionales. Es así que, al final del día, sin importar qué tan interesados estén en Derrida, las teorías del actor racional, o Herman Melville, los académicos del derecho deben volver a sus aulas y enseñarles a sus estudiantes a ser abogados. La facultad de derecho de Yale, en la que ambos hemos dado clase, es tal vez la que esté más cerca de tener un programa tradicional de postgrado, pero incluso en Yale la gran mayoría de estudiantes no tienen interés en convertirse en académicos.³⁶ Algunos de ellos, ciertamente, se volverán novelistas, políticos e inversores en la banca, pero la mayoría de ellos serán abogados y, en particular, abogados empresariales. En otras escuelas, sin duda, los porcentajes son incluso mayores. Este hecho distingue la educación para graduados en derecho de la educación para graduados en la mayoría de las áreas de las humanidades. Una cantidad relativamente pequeña de estudiantes de derecho, incluso en las escuelas de élite, quieren realmente emular a sus profesores volviéndose ellos mismos académicos.³⁷ Un programa de doctorado en humanidades sería muy extraño si estuviera poblado por candidatos a Ph.D. sin ningún tipo de interés en la carrera académica. Esto no es lo que sucede con el estudiante promedio de derecho.

En las facultades de derecho, casi ningún estudiante quiere ser como sus profesores, y casi todos los profesores de derecho han decidido conscientemente no ejercer la práctica del derecho. Esto es fuente frecuente de una incomprensión mutua entre estudiantes y profesores. A veces salen a la superficie tensiones similares entre la academia y la profesión, cuando la primera se aleja demasiado de su trabajo habitual de proveer consejo y apoyo experto en cuestiones legales contemporáneas, para beneficio de los tribunales y la corporación de abogados. Hasta los años ‘70, ofrecer ese tipo de consejos era el trabajo estándar de los profesores de derecho, y ellos mismos veían a los jueces –y especialmente a los de la Corte Suprema de Justicia– como sus lectores ideales. La profesión jurídica honra a los juristas que continúan con esta práctica, pero demuestra considerablemente menos afecto por el número creciente de académicos cuyo trabajo se desvía demasiado de este paradigma.

35. Para un argumento más detallado, véase J.M. Balkin, “Interdisciplinarity as Colonization”, 53 WASH. & LEE L. REV. 949, 965-70 (1996).

36. Como un número aproximado, la oficina de colocación de la Universidad de Yale estima que de 12.137 graduados vivos, 1.017 (o aproximadamente 8,4 por ciento) eran miembros de facultades que pertenecen a la Asociación de Facultades de Derecho Norteamericanas (*Association of American Law Schools, AALS*). E-mail de Pamela Sims, Alumni Affairs Coordinator, Universidad de Yale, a Jack M. Balkin (Junio 28, 2006) (en archivo de Balkin).

• *N. de la T.: según se sostuvo antes, la enseñanza del derecho en los Estados Unidos es de postgrado. Los alumnos ingresan a la escuela o facultad de derecho sólo luego de completar cuatro años de ‘universidad’ o ‘college’.*

37. Anthony T. Kronman, “Foreword: Legal Scholarship and Moral Education”, 90 YALE L.J. 955 (1981).

De hecho, los miembros del poder judicial y de los estudios jurídicos no temen decirlo. Por ejemplo, hace una década, el Juez Harry Edwards, de la cámara de apelaciones del distrito de Columbia, él mismo un antiguo académico del derecho, se quejó de la “creciente separación” entre lo que los profesores de derecho escriben en revistas jurídicas y lo que los jueces y abogados esperan de ellos.³⁸ Los académicos se han vuelto menos parecidos a sus colegas en el poder judicial o en los estudios jurídicos, y más parecidos a sus colegas de los claustros universitarios. Cada vez más escriben sobre cosas que probablemente vayan a interesarles a sus colegas de otras universidades. A la vez, es menos probable que los jueces lean artículos académicos, lo que, por supuesto, simplemente genera menos incentivos todavía para que los académicos imaginen a los jueces como su audiencia. Aun así, más allá de los reparos de Edwards, ciertos aspectos básicos de la educación jurídica estadounidense –incluyendo el hecho de que la mayoría de los estudiantes de derecho están destinados a la profesión y no a la academia– reorientan continuamente el estudio del derecho hacia preocupaciones tradicionales de la profesión. Si así no fuera, la brecha de la que se queja Edwards sería mucho mayor.

V. El prescriptivismo del derecho

La segunda razón clave sobre por qué el derecho resiste la invasión completa de cualquier otra disciplina, es que la orientación profesional del derecho produce un tipo de actitud normativa peculiar, que es un tanto diferente de la normatividad que aparece en muchas partes de las humanidades. Por normatividad simplemente entendemos la manera en que las personas que están dentro de una disciplina toman posiciones normativas, y los tipos de reclamos normativos que se espera que planteen.³⁹ En derecho, la forma que toma el normativismo es bastante estrecha.⁴⁰ Podríamos llamarlo prescriptivismo: la exigencia de que cada contribución académica ofrezca algún tipo de versión, no importa qué tan vaga, sobre la forma en que el derecho debe ser interpretado o modificado, o sobre cómo deberían hacer su trabajo quienes toman las decisiones. Este prescriptivismo

38. Harry T. Edwards, “The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession”, 91 MICH. L. REV. 34 (1992). Para una respuesta a Edwards, véase Sanford Levinson, “Judge Edwards’ Indictment of “Impractical” Scholars: The Need for a Bill of Particulars”, 91 MICH. L. REV. 2010 (1993).

39. La idea de ‘normatividad’ está basada en el hecho de que hay muchas maneras diferentes de tomar una posición normativa, y muchas estéticas y estilos diferentes para hacerlo. Por ejemplo, uno puede hacer declaraciones normativas mediante críticas a *status quo* sin ofrecer alternativas, o mediante propuestas de reformas positivas; y las propuestas de reformas, a su vez, pueden ser dirigidas a mejorar instituciones o convenciones, o al mejoramiento y conocimiento propio de individuos o grupos. Uno puede criticar (o elogiar) a una persona, a una práctica, a una tradición cultural, o a una institución. Uno puede trabajar en mostrar contradicciones o una inadecuación en el razonamiento, intentar demostrar mala fe, motivos impuros, autoengaño o hipocresía, o enfocarse en las consecuencias negativas. Uno puede ofrecer juicios normativos directamente o hacerlos indirectamente mediante el estudio comparativo o histórico. Finalmente, algunas disciplinas y prácticas insisten en que están interesadas exclusivamente en descripciones, de manera que la gente que trabaja en ellas toma posiciones normativas mediante la implicación y el sigilo.

40. La crítica de la posición normativa particular del derecho ha sido planteada de la manera más hábil por Pierre Schlag. Véase Paul F. Campos, Pierre Schlag & Steven D. Smith, *Against The Law* (1996); Pierre Schlag, *Laying Down The Law: Mysticism, Fetishism, And The American Legal Mind* (1996).

tiene un efecto intimidatorio en los académicos que elegirían evitarlo, porque sus colegas (pero también sus propios diálogos mentales) insisten continuamente en que todo trabajo interdisciplinario sea reformulado en términos prescriptivos.⁴¹ “Ahora que me contaste sobre Deleuze y Guattari”, diría un colega, “¿qué tiene esto que ver con el derecho de las telecomunicaciones?” La exigencia de que la investigación jurídica sea formulada como prescripciones de políticas públicas circunscribe profundamente la imaginación jurídica y los límites permisibles de la academia, mientras que, simultáneamente, reorienta la práctica jurídica y la ciencia política.

No queremos exagerar. Buena parte de la producción académica actual apenas puede ser diferenciada de los aportes de la teoría política o de los modelos económicos. Pero esta producción, no importa qué tan alejada parezca de la teoría jurídica, siempre es entendida como teniendo consecuencias para la legitimidad o reforma de las instituciones jurídicas existentes. Aunque a lo largo de los años los especialistas en derecho se han rebelado de innumerables formas contra el prescriptivismo de la academia jurídica, siguen estando envueltos continuamente por la órbita gravitacional de la normatividad jurídica, la cual, por su parte, refleja la orientación del derecho hacia la práctica legal. Cuando los investigadores buscan tratar al derecho como un objeto cultural o estético, algo parecido a lo que uno podría hacer en historia del arte, sus colegas en la academia indefectiblemente quieren saber cómo es que su trabajo profundiza los debates sobre la elección e interpretación de normas legales. Si un académico responde que él o ella no tuvieron intención de hacer nada de ese tipo, el trabajo probablemente será juzgado como irrelevante o como ‘no derecho.’

La filosofía y la historia del derecho están exentas de estos requisitos, pero sólo porque su trabajo generalmente se ve como auxiliar a la normatividad del derecho. La filosofía del derecho ayuda a legitimar el sistema jurídico y clarifica sus conceptos básicos, mientras que la historia del derecho provee datos útiles para la normatividad legal y para la argumentación sobre políticas públicas. El punto relativo a si los filósofos o historiadores aceptarían esta caracterización de sus trabajos es irrelevante; la cuestión es que son valiosos para otros miembros de la academia jurídica por la relación que mantienen con una academia dominada por el prescriptivismo.

Como ya hemos hecho notar, la normatividad del derecho es producida por el contexto institucional en el que los profesores de derecho trabajan y enseñan. Y, continuamente, empuja a los juristas de vuelta hacia un cierto tipo de internalismo. Esta influencia penetra tanto en el aula como en el reclutamiento de nuevos académicos. El tipo de entrevista de trabajo estándar de quienes buscan ingresar a la academia jurídica continúa incluyendo, a modo de conclusión, las implicancias que los argumentos del entrevistado tienen para la solución de algún tema legal contemporáneo.⁴² Aunque los historiadores del derecho son

41. Véase Pierre Schlag, “Clerks in the Maze”, 91 MICH. L. REV. 2053, 2055-58 (1993); Pierre Schlag, “Normativity and the Politics of Form”, 139 U. PA. L. REV. 801, 808-815 (1991).

42. Sería interesante comparar el peso relativo de las entrevistas de trabajo en la academia legal con la de los departamentos de artes y ciencias. Un factor que da cuenta del muy alto (frecuentemente excesivo) peso puesto sobre semejantes entrevistas en las universidades de derecho es que, al menos hasta hace poco, la mayoría de los candidatos a puestos de trabajo había escrito en realidad bastante poco que uno pudiera realmente leer y evaluar. (Esto está cambiando, sin embargo, especialmente a medida que más candidatos han escrito tesis o publicado artículos.)

tratados de una manera un tanto diferente, dado que su trabajo consiste principalmente en dar cuenta de desarrollos históricos en el derecho, hay una continua –aunque a veces no reconocida– presión para que los historiadores escriban historia en referencia al presente, o para usar su trabajo histórico con el fin de mostrar que algún desarrollo actual del derecho vigente ha tomado un camino incorrecto.

¿Qué ocurre entonces si un jurista adopta una postura abiertamente ‘externalista’, y declara que las facultades de derecho deberían ser menos como seminarios que enseñan los dogmas de alguna fe –en este caso la fe ‘en el derecho’– y más como departamentos de estudios religiosos, donde los profesores pueden estar genuinamente interesados en el fenómeno del derecho pero carecen de cualquier tipo de fe en él?⁴³ La mayoría de los estudiantes de derecho, de los miembros del poder judicial y de los estudios jurídicos estarían poco felices y en desacuerdo con este tipo de desarrollo, justamente porque significaría el abandono de la tarea profesional e internalista que toma al análisis jurídico en sus propios términos con absoluta seriedad. A decir verdad, está del todo claro que en la mayoría de las facultades de derecho el externalismo será bienvenido, en la medida en que permita avanzar en la misión general del derecho (esto es, que el trabajo caiga en la casilla 2). La mayoría de las facultades de derecho, según sospechamos, se asegurarán de que los expertos jurídicos que son externalistas tanto en sus actitudes como en el conocimiento que utilizan (es decir, aquellos académicos que caen en la casilla 3) se mantengan en su lugar; serán tolerados, pero sin permitirles dominar o fijar la agenda académica, para que las facultades de derecho puedan seguir presentándose a sí mismas como miembros no apóstatas de la comunidad de fe jurídica. Las facultades de derecho subvencionadas por el estado podrían enfrentarse a la posibilidad de represalias políticas si llegaran a abandonar pública y significativamente sus roles y concepciones tradicionales sobre sí mismas, e incluso la mayoría de las escuelas privadas deberían considerar la pérdida de ayuda financiera de su claustro de graduados.⁴⁴

Hace unos pocos años, uno de nosotros (Balkin) tuvo una conversación con Austin Sarat, una figura clave en el movimiento de Derecho y Sociedad [*Law and Society*] y, junto con Balkin, uno de los fundadores de la Asociación para el Estudio del Derecho, la Cultura y las Humanidades [*Association for the Study of Law, Culture, and the Humanities*].

43. Véase Sanford Levinson, *Constitutional Faith* 155-179 (1988).

44. Usamos la palabra ‘públicamente’ porque, por supuesto, algunos académicos en universidades de derecho han abandonado de hecho las concepciones internalistas y profesionales, trasladándose, en efecto, del Casillero 2 al Casillero 3. Pero la mayoría de las universidades de derecho no hacen propaganda de este hecho; en cambio, el título interdisciplinario es frecuentemente vendido al alumnado como un ejemplo particularmente valioso del Casillero 2: un elemento de prestigio que ayuda a avanzar el descubrimiento y promoción de conocimiento profesionalmente útil. Las aspiraciones interdisciplinarias –y, crecientemente, las internacionales– son signos de que una facultad está al día y puede atraer a los más sofisticados académicos. Como resultado, la interdisciplinariedad mejora el estatus jerárquico de las facultades y ayuda a preservar el valor de los títulos de los graduados. Establecer y conservar la condición y acreditación profesional de los títulos de sus graduados, es, después de todo, una de las máximas funciones de las universidades de derecho estadounidenses. Por lo tanto, podemos estar tranquilos de que ningún decano de una universidad de derecho en su sano juicio pondría en juego ese objetivo sagrado públicamente, haciendo que la universidad le dé la espalda a sus aspiraciones profesionales.

Dado el interés indudable de Balkin por estudiar el derecho como fenómeno cultural, Sarat preguntó por qué no se le unía y fundaban un programa de doctorado en derecho que escapara a las agendas estrechas que las escuelas profesionales de derecho generalmente imponen. Balkin resumió su respuesta en una palabra: “fotocopiado” [“*xeroxing*”], con lo que quería decir que debido a que trabajaba en una facultad rica en cuanto a su financiamiento, obtenía de manera gratuita todas las impresiones que necesitara, mientras que Sarat todavía tenía que comprar sus propias tarjetas de impresión. Balkin le explicó que el profesor de derecho tributario al final del pasillo subsidiaba su investigación en derecho y post-estructuralismo. Un departamento de derecho que se separara del objetivo de educación profesional se encontraría rápidamente con el mismo nivel de financiamiento que el departamento de arte o de música promedio, lo que equivale a decir que no encontraría mucho apoyo para nada.

La moraleja de esta historia es que aunque los ‘humanistas’, como sea que se definan, pueden ser bienvenidos dentro de la academia jurídica, lo serán en la medida en que tengan en claro que las humanidades no son centrales para el futuro de la academia legal. Uno a veces ve en las facultades de derecho de élite seminarios de materias que no estarían fuera de lugar en un departamento de humanidades, pero estos seminarios son posibles porque la mayoría de los profesores de derecho continúan enseñando las habilidades tradicionales del análisis y la argumentación jurídicas con su orientación fuertemente prescriptiva. En vez de ser algo que el derecho celebra, como Learned Hand imaginaba, las humanidades son algo que el derecho disfruta en la medida en que puede costearlo.

VI. Las demandas retóricas del derecho

Hay, sin embargo, un aspecto importante de la enseñanza profesional del derecho que tiene una fuerte conexión con las humanidades, al menos como se las concibe clásicamente. Para ponerlo sencillamente, los abogados son retóricos. Formulan argumentos para convencer a otras personas. Se manejan con la persuasión. Los abogados que ejercen en tribunales representan clientes, y plantean argumentos que respaldan los intereses de sus clientes. No tienen que creer realmente lo que dicen; más bien, tienen que encontrar argumentos que su audiencia vaya a creer. Con ese fin, van a abreviar de cualquier fuente y de cualquier tipo de conocimiento que puedan para construir argumentos que persuadan a su audiencia y ayuden a sus clientes a ganar.

Aunque los investigadores en derecho no tienen clientes, esta orientación retórica llega también a la academia. Buena parte de la producción academia jurídica intenta persuadir a otras personas acerca de qué regla o interpretación legal adoptar. Como hemos mencionado, esto se desprende de la visión normativa estrecha del derecho: la idea de que las contribuciones a la academia serán juzgadas de acuerdo con el modo en que puedan promover soluciones prescriptivas a problemas legales.

El rol de los abogados como retóricos pareciera volverlos aliados naturales de las humanidades. Después de todo, la retórica fue una de las materias principales de las humanidades por muchos años, y el trabajo que los abogados practicantes hacen hoy todavía tiene mucho en común con las enseñanzas de la retórica clásica enseñada hace

siglos en las grandes academias humanistas de la antigua Grecia y Roma⁴⁵. No es casualidad que el autor de la obra *The New Rethoric*, Chaim Perleman,⁴⁶ fuera también un teórico jurídico, o que, recientemente, el crítico literario Stanley Fish le haya tomado el gusto a estudiar –y manipular– los artilugios retóricos de la teoría jurídica norteamericana contemporánea.

Pero irónicamente, las propias bases que el derecho tiene en la retórica también limitan su absorción de otras disciplinas provenientes de las humanidades. La interdisciplinariedad se ha abierto lugar en el derecho en la medida en que permitió a los abogados y académicos hacer lo que ya venían haciendo, esto es, formular argumentos persuasivos para la justificación, cambio o interpretación de normas legales. Esto significa, primero, que los abogados son más propensos a adoptar disciplinas que demuestren hechos o confieran autoridad a hechos que los abogados puedan usar para impresionar o persuadir a otros. Exceptuando a la historia, las disciplinas de las humanidades en los últimos años han demostrado ser menos útiles para este fin que las ciencias sociales y naturales. Segundo, significa que cuando los abogados adquieren conocimiento y habilidades de otra disciplina, esta última debe ser alterada (algunos dirían simplificada o distorsionada) para cumplir con la persuasión abogadil. En pocas palabras, la academia jurídica toma prestado y transforma lo que recibe de otras disciplinas, y lo convierte en argumentos persuasivos acerca de normas legales. Aquello que no puede ser usado de esa manera es desdeñado, olvidado, o transformado hasta que pueda ser utilizado de esa forma. Cuando se trata de la interdisciplinariedad, el derecho es realmente el lecho de Procusto. Da la bienvenida a visitas provenientes de otras disciplinas para sus propios fines, y después corta o estira su trabajo para que cuadre dentro de la normatividad del derecho.

Ya hemos comentado una de las consecuencias producidas por el incesante hábito del derecho de pedir prestado: el diletantismo. La segunda es la perversión o prostitución: la sutil reorientación de los fines de las investigaciones en humanidades, mientras se abren camino dentro de las facultades de derecho para servir a los intereses y objetivos retóricos de los abogados. La historia ofrece un ejemplo excelente. La mayoría de los historiadores, al menos de la generación actual, están interesados por la complejidad; se embarcan en la empresa de intentar comprender los eventos complicados y contingentes que producen un mundo. Los abogados no están interesados en la complejidad de la misma manera. Dedicados a formular argumentos persuasivos en beneficio de posiciones normativas particulares, los abogados son propensos a decir cosas del siguiente tipo: “debido a lo que dijo Madison en este debate, sabemos que el derecho a portar armas de la Segunda Enmienda es un derecho personal. Por lo tanto, la regulación federal en armas de fuego personales es inconstitucional”. De manera similar, los abogados en el otro lado de la controversia de las armas responderán que el comentario de Madison en otro debate demuestra que estaba interesado en proteger sólo los derechos de los estados a formar sus propias milicias. Entonces, argumentarán, el control federal de las armas personales es perfectamente

45. Véase J.M. Balkin, “A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason”, en *Law's Stories: Narrative And Rhetoric In The Law*, (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996), pág. 211-214.

46. Chaim Perelman, *The New Rethoric: A Treatise On Argumentation* (1969).

constitucional. Para los abogados, el valor de la historia es instrumental. Los abogados utilizan la historia para hacer pronunciamientos firmes y autoritativos acerca de lo que significa la ley, y diferentes abogados buscan hacer esto desde lados opuestos del tema jurídico en disputa, utilizando cualquier evidencia histórica que puedan encontrar. Éste es el tipo de abordaje de la historia que hace palidecer a los historiadores profesionales.⁴⁷ Por lo tanto no sorprende que los historiadores del derecho que trabajan en áreas que tienen una cierta relevancia actual para los debates de políticas públicas se vean frecuentemente a sí mismos como atrapados entre dos mundos disciplinarios. El derecho le hace esto a la historia (y a cualquier otra disciplina, podríamos agregar) debido a su orientación profesional.

En su exploración de argumentos persuasivos, los abogados siempre están en búsqueda de autoridad para persuadir a jueces, jurados, legislaturas, dependencias administrativas y otros tomadores de decisiones sobre los méritos de su posición. Los abogados buscan dos fuentes básicas de autoridad: la autoridad del poder legítimo, por un lado, y la autoridad de la verdadera razón por el otro. La primera fuente de autoridad incluye actos del poder del pasado que poseen legitimidad política, como las declaraciones de los legisladores al debatir una ley, o la información sobre el contexto de un momento histórico que ayuda a explicar el significado de actos políticos y legales del pasado. La segunda fuente de autoridad involucra el conocimiento y la experiencia que establece que una posición es más justificable normativamente que otra.

Inevitablemente, los jueces, abogados y académicos son llevados a utilizar lo que toman prestado de las humanidades o de las ciencias sociales como medio para lograr autoridad. Si el trabajo de una disciplina no incrementa la habilidad de persuadir o establecer autoridad, va a ser descartado, o alternativamente reformado, de manera tal que sí sirva para cumplir esa función. De esta manera, estudios históricos y económicos complicados frecuentemente son reducidos a notas al pie en la fundamentación del alegato del abogado, al lado de casos, leyes y otras formas de autoridad jurídica. (Van a aparecer incluso en el índice del escrito del abogado como parte del "Índice de Referencias de Autoridad").

47. Como explica Daniel Hulseboch:

"Los estudios del derecho constitucional y la historia son disciplinas separadas. Típicamente, los historiadores y los académicos legales son entrenados por separado, publican en revistas distintas, y contribuyen a distintas conversaciones. Cuando se encuentran el uno con el otro en el mismo camino se vuelve claro que ellos valoran distintas fuentes, hacen distintas preguntas sobre esas fuentes, y aplican distintas exigencias de idoneidad para interpretarlas. Las críticas usualmente provienen de los historiadores, quienes se burlan de 'la historia de estudio jurídico', que ven como instrumentalista y estrecha."

Daniel Hulseboch, "Bringing the People Back In", 80 N.Y.U. L. REV. 653, 664 (2005). Existe un debate animado sobre el modo en que los abogados usan (o usan mal) la historia. Para una muestra, véase Martin Flaherty, "History "Lite" in Modern American Constitutionalism", 95 COLUM. L. REV. 523 (1995); Eric Foner, "The Supreme Court's Legal History", 23 RUTGERS L.J. 243 (1992); Laura Kalman, "Border Patrol: Reflections On The Turn To History In Legal Scholarship", 66 FORDHAM L. REV. 87 (1997); Alfred H. Kelly, "Clio and the Court: An Illicit Love Affair", 1965 SUP. CT. REV. 119 (1965); William E. Nelson, "History and Neutrality in Constitutional Adjudication", 72 VA. L. REV. 1237 (1986); John Phillip Reid, "Law and History", 27 LOY. L.A. L. REV. 193, 203 (1993); Neil M. Richards, "Clio and the Court: A Reassessment of the Supreme Court's Uses of History", 13 J. L. & POLITICS 809 (1997); Cass R. Sunstein, "The Idea of a Useable Past", 95 COLUM. L. REV. 601 (1995); Mark Tushnet, "Interdisciplinary Legal Scholarship: The Case of History-in-Law", 71 CHI.-KENT L. REV. 909 (1996).

Aunque el derecho invoque repetidamente a la historia, el mundo histórico percibido por la mayoría de los abogados es bastante distinto al percibido por la mayoría de los historiadores profesionales. Es mucho menos probable que los historiadores extraigan conclusiones tan confiadas a partir de materiales históricos complejos y de varios niveles, que muchas veces dan explicaciones contrarias y tienen el potencial de apoyar interpretaciones múltiples.

La filosofía provee otro ejemplo de cómo el derecho hace uso de otras disciplinas. Durante el siglo veinte el estatus de la filosofía ha tendido a elevarse dentro de la academia jurídica, al punto tal de que los investigadores podían emplear la autoridad de argumentos filosóficos para promover posiciones jurídicas particulares. Por ejemplo, en 1969, cuando la Corte Suprema estaba todavía experimentando con la protección constitucional de los “derechos sociales vinculados con el bienestar” [*welfare rights*], Frank Michelman utilizó las ideas de John Rawls para argumentar que la Decimocuarta Enmienda garantizaba un nivel mínimo de asistencia a los pobres.⁴⁸ De todas maneras, en la medida en que el clima político cambió y el poder judicial comenzó a ser cada vez más conservador, los juristas perdieron interés en el proyecto rawlsiano de Michelman, no porque filosóficamente no fuera meritorio sino porque no cuadraba dentro del canon evolutivo de materiales jurídicos. Con su típico ingenio, John Hart Ely desestimó el giro hacia la filosofía imaginándose una Corte Suprema que declarara: “A nosotros nos gusta Rawls, a ustedes Nozick. Ganamos nosotros 6 a 3”.⁴⁹

De hecho, los filósofos podrían sorprenderse al enterarse que en las facultades de derecho estadounidense Richard Rorty y Thomas Kuhn pueden haber sido exactamente igual de influyentes que John Rawls a fines del siglo veinte. El anti-fundacionalismo [*antifoundationalism*] de Rorty y la teoría de Kuhn sobre los cambios de paradigmas en la investigación científica cuadraban perfectamente con las teorías de feministas y críticos que querían desacreditar la afirmación de la neutralidad y objetividad del derecho; por otro lado, los defensores del pragmatismo jurídico intentaban mostrar el modo en que estos filósofos habían demostrado el valor de los métodos jurídicos tradicionales.

El trabajo de Ronald Dworkin permitió, en los años ‘70 y ‘80, generar una conversación extremadamente fructífera entre los profesores de derecho y los filósofos políticos. Una vez más, sin embargo, la academia tendió a valorar la filosofía en la medida en que se enfocara en tópicos en los que los abogados estuvieran interesados, como la naturaleza y alcance de los derechos constitucionales, la justificación moral del análisis económico del derecho, la legitimidad de la revisión judicial, o los métodos correctos de interpretación constitucional. A medida en que los juristas liberales se dieron cuenta gradualmente de que la Corte de Warren no iba a volver, y que el análisis económico del derecho se consolidó como método dominante, la conversación entre la teoría jurídica y la filosofía llegó a su fin. Los filósofos del derecho entrenados en la profesión viraron cada vez más a temas altamente técnicos que la mayoría de los teóricos jurídicos encuentran de poca relevancia para su propio trabajo; mientras que una judicatura crecientemente conservadora hizo que los argumentos filosóficos sofisticados a favor del activismo judicial liberal y los nuevos

48. Frank I. Michelman, “The Supreme Court, October 1968 Term: Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, 83 HARV. L. REV. 7 (1969).

49. John Hart Ely, *Democracy And Distrust* 58 (1973).

derechos fundamentales parecieran extraños y completamente fuera de lugar. Para mediados de los años ‘90, el propio Dworkin argumentó que ni siquiera Hércules –el nombre que Dworkin dio a su juez ‘ideal’– podía legítimamente encontrar la teoría de derechos a favor de los pobres de Michelman en la constitución de los Estados Unidos, aunque esto fuera lo que requería la teoría política liberal.⁵⁰

Si el derecho absorbe el trabajo de otras disciplinas en la medida en que éstas asisten a los abogados en su búsqueda de persuasión y autoridad, ¿qué disciplinas han demostrado ser más útiles para los académicos? Resulta que ha habido tres, y es bastante fácil ver cómo cada una de ellas está bien adaptada para lograr una autoridad retórica en debates acerca del derecho y las políticas públicas. La primera es la economía, y todas las formas en general de las teorías del actor racional. Estas son útiles porque ofrecen predicciones acerca de lo que los seres humanos harán en ciertas situaciones, y por lo tanto sobre cuáles van a ser las consecuencias de cualquier política. De hecho, lo maravilloso acerca de los conceptos económicos es que pueden ser utilizados para argumentar ambas partes de un tema en disputa, precisamente la clase de instrumento que todo buen retórico necesita. La economía es también considerada valiosa porque ofrece un criterio normativo –la eficiencia económica– que puede ser utilizado como objetivo sustituto general para otros fines del sistema legal. Y, finalmente, la economía es valiosa porque se autoproclama como la más científica de las ciencias sociales, haciendo más fácil que los abogados reivindiquen un estatus científico para sus argumentos, sea merecido o no. La segunda disciplina es la historia, en tanto ella explica el significado de eventos pasados, lo que la hace particularmente útil al ofrecer la posibilidad de apelar a decisiones y tradiciones del pasado. La tercera disciplina es la filosofía, porque provee métodos para apelar a la verdadera razón, y para explicar y justificar tanto conceptos jurídicos como el propio sistema jurídico.

Estas tres disciplinas –economía, historia y filosofía– han tenido más influencia en la academia que cualquier otra, justamente porque las habilidades, técnicas y conocimientos que proveen son más fácilmente adaptables a las formas de argumentación y producción académica jurídica que ya existían antes de su ingreso. Son utilizadas por abogados y académicos porque le son realmente útiles. Y si uno mira los títulos de doctorados de aquellos profesores de derecho que hacen trabajos interdisciplinarios, notará que pertenecen en forma desproporcionada a estas tres áreas.

¿Por qué es que la sociología, la psicología, la teoría literaria y la antropología no tienen el mismo estatus? Uno puede ver fácilmente cómo estos campos pueden ser útiles a las demandas de normatividad, persuasión y autoridad de los abogados. La psicología, que a decir verdad hizo algunas incursiones en el derecho en un primer momento, es ahora la que más probablemente se una a las filas de las tres grandes. Sin embargo, en términos de lo que los abogados y académicos hacen, aquellas disciplinas han demostrado –al menos por ahora– ser menos útiles a la hora de formular argumentos y llamados a la autoridad que sean persuasivos.

50. Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading Of The American Constitution* 36 (1993).

VII. Derecho y literatura

Sin duda la mayoría de los lectores está al tanto de la aparición, durante los últimos treinta años, de un movimiento de ‘derecho y literatura’ dentro de la academia jurídica.⁵¹ De hecho, el así llamado movimiento de ‘derecho y literatura’ ha tenido siempre por lo menos dos ramas distintas. Robert Weinsberg escribió un artículo clásico en el primer número del *Yale Journal of Law and the Humanities* en 1988, distinguiendo entre una perspectiva sobre ‘derecho en la literatura’ y una perspectiva un tanto diferente sobre ‘derecho como literatura’.⁵² El primer enfoque es el que tal vez esté mejor representado por aquellos profesores que escriben acerca de *Billy Budd* de Melville, una obra literaria que, con su dramático enfrentamiento entre las (supuestas) demandas del derecho con las demandas rivales de la moralidad, es con seguridad la más enseñada en las facultades de derecho estadounidenses.⁵³ Al segundo enfoque lo tipifican aquellos académicos, entre los que nos incluimos,⁵⁴ que están menos interesados en discutir *Billy Budd* o Franz Kafka que en examinar meticulosamente los escritos de varios teóricos literarios (como Jacques Derrida o Stanley Fish) en búsqueda de las ideas que podrían proveer sobre los mecanismos retóricos empleados en el derecho, la manera en que la retórica legal construyó y ocultó el poder político y la autoridad, y los métodos apropiados de interpretación legal. La rama del ‘derecho como literatura’ también se alimentó de filósofos y pensadores anti-fundacionalistas que van desde Friedrich Nietzsche hasta Richard Rorty.

La mayoría de las personas interesadas en el ‘derecho en la literatura’ acepta la noción clásica humanista de que uno se enriquece moralmente a partir de sus encuentros con las grandes artes. James Boyd White ha sostenido de modo explícito (aunque, de acuerdo con nuestro punto de vista, bastante implausiblemente) que el verdadero ‘gran’ arte ha comunicado siempre nociones morales admirables.⁵⁵ Tal vez no sorprenda que sustentar esta posición haya producido disputas significativas acerca del ‘verdadero significado’ de ‘grandes’ obras como el *Mercader de Venecia*, con Richard Weisberg, por ejemplo, sosteniendo que es mejor entendida como una crítica al anti-semitismo que como una ilustración de ese fenómeno.⁵⁶ El juez Richard Posner, por el contrario, ha rechazado la afirmación de que confrontar cuestiones de derecho y justicia en las grandes obras literarias

51. El movimiento comenzó más o menos con la publicación en 1973 de *The Legal Imagination*, de James Boyd White. James Boyd White, *The Legal Imagination: Studies In The Nature Of Legal Thought And Expression* (1973). Otra figura importante es Richard Weisberg, quien fue crucial en la fundación de *Cardozo Studies in Law and Literature*, ahora publicado en Berkeley como el *Journal of Law and Literature*.

52. Robert H. Weisberg, “The Law-Literature Enterprise”, 1 YALE J.L. & HUMAN. 1 (1988).

53. En *The Failure of the Word*, Richard Weisberg argumenta que el Capitán Vere expone incorrectamente el derecho británico aplicable y que Melville esperaba que sus lectores más sofisticados supieran que esto era así. Richard Weisberg, *The Failure Of The Word: The Protagonist As Lawyer In Modern Fiction* (1984).

54. Véase, por ejemplo, Sanford Levinson, “Law As Literature”, 60 TEXAS L. REV. 373-403 (1982); J.M. Balkin, “Deconstructive Practice and Legal Theory”, 97 YALE L. J. 743 (1987).

55. Véase Sanford Levinson, “Conversing About Justice”, 100 YALE L.J. 1855 (1991) (analizando James Boyd White, *Justice In Translation* (1990)).

56. Richard Weisberg, *Poethics And Other Strategies Of Law And Literature* 94-103 (1992).

puede edificar e iluminar a estudiantes de derecho y abogados profesionales.⁵⁷ Posner se ve como un discípulo contemporáneo de Holmes; comparte no sólo su escepticismo ácido acerca de las afirmaciones de los filósofos morales,⁵⁸ sino también la estima que Holmes tenía por la economía como la estrella guía del análisis jurídico. Posner tiene un desprecio acumulado por la idea de que el estudio del derecho y la literatura pueda mejorar a alguien o, para el caso, que pueda iluminar significativamente la hermenéutica del análisis jurídico.

Ambos autores hemos argumentado en el pasado que ‘el derecho *como* literatura’ es una forma más fructífera de aprovechar las perspectivas internas de las humanidades desde la academia jurídica que el derecho en la literatura. Más recientemente, hemos argumentado que una analogía del derecho incluso mejor que la de los poemas y novelas puede tomarse de *artes performativas* [*performing arts*] como la música y el teatro. Como hemos desarrollado en otro lugar,⁵⁹ lo que éstas comparten con el derecho es que ejecutan textos de un cierto tipo –piensen en partituras, guiones, así como en constituciones, leyes y regulaciones–, y que estos textos deben ser traídos a la vida por parte de profesionales. Las artes performativas implican un triángulo conformado por los creadores, los intérpretes y la audiencia, cada uno de los cuales da forma a lo que llamamos una representación exitosa o no exitosa.⁶⁰ De hecho, la idea de ‘performance’ no incluye sólo a individuos aislados sino a redes sociales elaboradas que proveen entrenamiento y disciplina a los intérpretes –como los conservatorios, las escuelas de teatro, y las facultades de derecho–, así como el caudal de tipos diferentes de audiencias y críticas que dan forma a la recepción y producción de musicales, dramas e interpretaciones legales. Sin embargo, no importa cuán grande sea nuestro deseo de que el ‘derecho y la literatura’ y, en verdad, el ‘derecho y las artes performativas’, tengan una presencia vital en la academia jurídica. Pues dudamos de que en el largo plazo vayan a rivalizar con la influencia interdisciplinaria de la economía y la historia. Nuestro argumento central, después de todo, es que el éxito de los estudios interdisciplinarios en derecho está fuertemente modelado por la orientación profesional de las facultades de derecho, y por la naturaleza prescriptiva de la normatividad legal. Los estudios interdisciplinarios que estén llamados a hacer un mejor papel serán aquellos que se adapten de mejor modo a este ambiente institucional y retórico.

Precisamente porque el derecho es un campo profesional dedicado a la persuasión retórica, nunca va a estar del todo dominado por ninguna disciplina, ya sea una perteneciente a las ciencias sociales como la economía y la sociología, o a un tema humanístico como la historia, la filosofía o la crítica literaria.⁶¹ Más bien, el derecho va a tomar las ideas de estas disciplinas y las va a volcar para sus propios usos. Aun así, irónicamente, la naturaleza

57. Richard A. Posner, *Law And Literature* 306, 387-88 (rev. ed. 1998) (“Enfrascarnos en la literatura no nos hace mejores ciudadanos ni mejores personas”).

58. Richard A. Posner, *The Problematics Of Moral And Legal Theory* (1999).

59. Sanford Levinson y J.M. Balkin, “Law, Music, and Other Performing Arts”, 139 U. PA. L. REV. 1597 (1991); J.M. Balkin y Sanford Levinson, “Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews””, 20 CARDOZO L. REV. 1513 (1999).

60. Balkin y Levinson, “Interpreting Law and Music”, *supra* nota 59, pág. 1529-1531.

61. Balkin, “Interdisciplinarity as Colonization”, *supra* nota 35, pág. 965-67.

meticulosamente retórica del derecho, que lo conecta fuertemente con las tradiciones de las humanidades, también ubica a las disciplinas contemporáneas de las humanidades en una posición relativamente desventajosa en la academia jurídica. El derecho usa la retórica para establecer su autoridad y para legitimar actos particulares de poder político y legal. Hoy en día, estas tareas requieren cada vez más que los académicos adopten formas tecnocráticas de discurso que tienen un mayor anclaje en las ciencias sociales y naturales que en las humanidades. Los abogados son oportunistas retóricos y pragmáticos. Están siempre en búsqueda de nuevos métodos para impresionar y persuadir a su audiencia, y para conferir autoridad y legitimidad tanto a sí mismos como a las instituciones y prácticas que buscan defender. Sea justa o injustamente, las humanidades ascienden o descienden en relación con otras disciplinas en la medida en que las humanidades ayudan a los abogados a realizar estas tareas retóricas.

VIII. El destino de las humanidades en el derecho

Siempre ha habido algo intrigante acerca del encuentro del derecho con las humanidades. Learned Hand (o James Boyd White) pueden hablar de forma elocuente acerca de lo que los abogados pueden aprender de los grandes humanistas del pasado, y acerca del modo en que las humanidades pueden enriquecer la imaginación moral de los abogados. Pero estas esperanzas deben confrontar la dura realidad de que siempre ha habido una tendencia deshumanizante en la educación legal. La educación legal, y por lo tanto la academia jurídica, tiende a promover los valores duros [*tough-minded*], realistas y poco sentimentales que alguna vez describió célebramente William James, antes que valores blandos [*tender-minded*], idealistas o sentimentales.⁶² En verdad, el derecho parece casi celebrar la extirpación de estos últimos, como si el idealismo fuera una enfermedad mental que sólo la disciplina del derecho puede curar. Tradicionalmente, el primer año de la enseñanza legal desalienta la sentimentalidad; está diseñado para mostrar cómo, al tiempo que los pobres e indefensos están atrapados en una red de doctrinas jurídicas caso tras caso, estas doctrinas tienen su propia lógica. De acuerdo con esto, lamentarse simplemente de los resultados debido a su injusticia no constituye un argumento. Un ‘buen abogado’ es un pensador riguroso que no pierde el tiempo denunciando injusticias a expensas del análisis jurídico. Son sólo los insuficientemente formados y los poco rigurosos, a los que el entrenamiento legal ha ‘disciplinado’ inadecuadamente, los que piensan que la solución a un problema jurídico se resuelve preguntando qué resultado es más justo. Incluso los académicos que creen que es importante enfatizar las cuestiones de justicia toman la precaución de infundir rigor analítico y escepticismo a sus críticas. Ellos también buscan diferenciar lo que es derecho de lo que es correcto.

Muchos piensan que la agresividad y la falta de sentimentalidad de la educación legal tienen consecuencias reales en el desarrollo profesional posterior de aquellos entrenados en las facultades de derecho estadounidenses. Un debate hoy encendido en la academia jurídica gira en torno del trabajo de los abogados de la Oficina de Asesoría Legal (*Office*

62. Véase William James, *Pragmatism*, págs. 7-21 (Bruce Kuklick ed., Hackett Pub. Co. 1981) (1907).

of Legal Counsel) del Departamento de Justicia (*Justice Department*), muchos de ellos salidos de los rangos más altos de la élite académica legal, que elaboraron informes para el gobierno de Bush que definían a la ‘tortura’ de manera estrecha y legalista, para poder así decir que los soldados estadounidenses y los operativos de la CIA no estaban torturando.⁶³ Estos mismos informes argumentan con vehemencia que el Presidente como comandante en jefe tiene poderes prácticamente absolutos para dirigir la guerra; por lo tanto ni las leyes del Congreso ni los tratados internacionales que prohíben la tortura pueden restringir su autoridad. La academia legal ha debatido si estos abogados estaban simplemente haciendo su trabajo representando a sus clientes, o, por el contrario, estaban traicionando sus compromisos profesionales en el sentido más profundo.

En este punto es útil retornar a Oliver Wendell Holmes, el ícono más grande del derecho norteamericano. Holmes sugirió alguna vez que su epitafio debía decir: “aquí yace una herramienta adaptable de poder”.⁶⁴ Una vez escribió lo siguiente a Harold Laski: “si mis conciudadanos se quieren ir al Infierno, voy a ayudarlos. Es mi trabajo”.⁶⁵ En otra oportunidad, cuando Learned Hand le gritó a Holmes mientras se despedían, “Bueno, señor, hasta luego. Haga justicia”, Holmes rápidamente respondió “Ese no es mi trabajo. Mi trabajo es jugar el juego de acuerdo con las reglas”.⁶⁶ • Uno se pregunta si Holmes hubiese reaccionado con alguna consternación a los informes sobre tortura de la Oficina de Asesoría Legal, o si los hubiese visto simplemente como ejemplos cotidianos del punto fuerte del oficio de los abogados: la formulación de argumentos para justificar lo que sea que sus clientes desean hacer. Uno también se pregunta si Hand hubiese reaccionado con espanto a estos informes, y si él creía seriamente que una exposición a los trabajos de Platón, Montaigne o cualquiera de los otros autores que mencionó en la cita con la que comienza este trabajo hubiese impedido su redacción, o al menos, llevado a sus autores a plantear sus argumentos abogadiles con una mayor preocupación moral. Holmes era un hombre notablemente bien leído, pero tenemos muy pocas dudas de que se hubiera burlado de la idea de que leer literatura o comprometerse con las humanidades tendría el efecto edificante que Learned Hand parece haberle otorgado. Probablemente hubiese insistido en que el estar familiarizados con Homero o Shakespeare no hubiese cambiado lo que los jóvenes abogados ambiciosos de la Oficina de Asesoría Legal escribieron para complacer a quienes están en el poder. Incluso a un torturador le puede encantar un soneto o, como

63. Memorandum de Jay S. Bybee, *Assistant Attorney General*, Department of Justice Office of Legal Counsel, a Alberto R. Gonzales, Counsel to the President (Aug. 1, 2002), disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf> (discutiendo la aplicación de 18 U.S.C. §§ 2340-2340(A) (2000)). Véase de modo general Dana Priest & R. Jeffrey Smith, “Memo Offered Justification for Use of Torture; Justice Dept. Gave Advice in 2002”, WASH. POST, June 8, 2004, at A1.

64. Yosai Rogat, “The Judge as Spectator”, 31 U. CHI. L. REV. 213, 249-50 (1964) (citando a Holmes).

65. Carta de Oliver Wendell Homes a Harold J. Laski (March 4, 1920) en 1 *Holmes-Laski Letters: The Correspondence Of Mr. Justice Holmes And Harold J. Laski*, 1916-1935, en 249 (Mark DeWolfe ed., 1953).

66. Harry C. Shriver, *What Gusto: Stories And Anecdotes About Justice Oliver Wendell Holmes* 10 (1970).

• N. de la T.: el lector encontrará también una referencia a este diálogo en el artículo de Ronald Dworkin publicado en la Revista (Año 8, Número 1, págs. 5-34).

aprendimos durante la Segunda Guerra Mundial, incluso un nazi se puede emocionar cuando Wilhelm Furtwangler dirige una obra de Beethoven.

Tampoco deberíamos ignorar el hecho de que la exhortación de Hand al estudio de las humanidades fue generada, al menos en parte, a causa de una suerte de elitismo cultural; en particular, sus preocupaciones acerca de los recién llegados y extremadamente ambiciosos que estaban invadiendo la profesión legal en su tiempo. Para Hand y para muchas de las personas que formaban parte de su audiencia en Filadelfia, sumergirse en las humanidades puede haber sido una forma de defender los valores del *establishment* jurídico tradicional. (Hay una analogía obvia con el desarrollo de la literatura inglesa como materia de estudio en los siglos dieciocho y diecinueve para civilizar a los hijos de la clase trabajadora que estaban ingresando a las universidades por primera vez.)⁶⁷

El significado político de promover las humanidades en el derecho ha cambiado en medio siglo, y a la par con él, el poder y la influencia de las propias humanidades. Hand escribió cuando las humanidades eran parte de las raíces profundas de una imaginaria república de las letras de la que los abogados de élite creían participar. Los juristas contemporáneos como James Boyd White y Patricia Williams usan las humanidades no ya para apoyar los valores del *establishment* jurídico, sino más bien para criticar aquellos valores en nombre de sentimientos más igualitarios que (correcta o incorrectamente) ellos vinculan con el enfoque humanista. Los académicos contemporáneos del derecho y la literatura ofrecen ahora a las humanidades como un antídoto contra –o un escape de– un mundo jurídico que, según creen, se ha vuelto demasiado tecnocrático y alejado de todo valor humano a excepción de la eficiencia económica.

¿Acaso esto significa que las humanidades han sido completamente aplastadas por las fuerzas de las ciencias sociales y las metodologías del actor racional, al punto tal de que ya no juegan un rol importante en la academia jurídica o la profesión legal? Ciertamente no. La influencia de las humanidades será filtrada por el profesionalismo y el prescriptismo legal, y encerrada en los límites institucionales del derecho. Pero aun así, el derecho siempre va a mantener una genuina aunque incómoda relación con las humanidades mientras se mantenga como una empresa meticulosamente retórica. Una pregunta que queda sin responder es si este tipo de relación va a satisfacer a aquellos humanistas que fijan su mirada en la academia jurídica desde el exterior, o si debería hacerlo.

67. Véase Terry Eagleton, *Literary Theory: An Introduction* 25 (1983).