

Un buen juez es difícil de encontrar: un ensayo sobre el realismo legal y los libros de casos de las facultades de Derecho*

THOMAS HAYES**

Antes de ir a la facultad de Derecho, enseñé latín en una pequeña escuela secundaria parroquial durante ocho años. Lo primero que aprendí como profesor es que los estudiantes huelen a los farsantes tanto como los tiburones huelen la sangre. Esto me mantuvo alerta, así que cualquiera sea el valor de mi pequeño descubrimiento, se lo debo a mis alumnos. El descubrimiento involucra una curiosa alteración en manual de contratos. En el siguiente ensayo, cuento sobre este descubrimiento, inicialmente en forma de anécdota. Luego, formulo una pregunta y expongo algunas posibles respuestas. Finalmente, hago algunas observaciones generales del descubrimiento y su posible explicación.

LA ANÉCDOTA

EL LIBRO DE CASOS

Un estudiante de Derecho de primer año abre su libro de casos a comienzos de septiembre y lee el asignado para la clase: se trata de

* Publicado originalmente en inglés como: "A Goode Judge Is Hard to Find: An Essay on Legal Realism and Law School Casebooks", en *Journal of Legal Education*, vol. 54 (junio 2004). Se agradece al *Journal of Legal Education* la autorización para traducir y publicar el artículo. Traducción al español de Leonardo Gastón De Luca (traductor literario y técnico-científico de inglés). Revisión final, a cargo de Cecilia Hopp, estudiante de la carrera de Abogacía de la UBA.

Nota del título: El título original en inglés es un juego de palabras que se produce por el parecido fonético entre la palabra "buen" (*good*) y el nombre del juez en cuestión (*Goode*).

** Candidato al título de Doctorado en Leyes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vanderbilt.

UN BUEN JUEZ ES DIFÍCIL DE ENCONTRAR

THOMAS HAYES

“*Embry vs. Hargadine-McKittrick Dry Goods Co.*”, tal como figura en el libro *Contracts: Cases and Comment*¹ de Dawson, Harvey y Henderson. El tema tratado, o al menos así lo cree el alumno, es si una conversación oral entre un empleador y su empleado es suficiente para renovar por otro año el contrato del empleado. En clase, el profesor señala la verdadera lección del caso: no importa, concretamente, qué intención tuviera la conversación del empleador y el empleado, sino lo que cualquier hombre razonable pensaría que esa conversación significa. Al discutir esta teoría objetiva de contratos más de cerca, el profesor enfoca la atención de sus alumnos en la autoridad sobre la que se sustenta la resolución del caso y en un engaño judicial. El juez comenzó su decisión con una especie de contraste: “La opinión y los tratados elementales abundan en aserciones de la regla que afirma que para constituir un contrato debe haber un encuentro de las mentes...” Luego el juez pasó a señalar la verdadera regla:

Generalmente, esto puede ser cierto: pero no es literal o universalmente cierto. Es decir, la intención interna de las partes de una conversación que ulteriormente supone la creación de un contrato no puede hacer un contrato de lo que surja de esa conversación, ni evitar que se perfeccione, si las palabras usadas fueron suficientes para crear un contrato. En la medida en que su intención fuese un elemento influyente, es sólo esa intención tal como las palabras o actos de las partes lo exteriorizan; no una intención anhelada de forma secreta que es inconsistente con esas palabras o actos... En 9 *Cyc.* 245, encontramos el siguiente texto...²

El profesor, que se basó en el caso, tal como se presenta en el libro, señala correctamente que el juez hizo trampa. El juez ridiculizó los “tratados elementales” al señalar el error tan común, pero luego confió en una enciclopedia (9 *Cyc.* 245) como prueba de la teoría objetiva de la formación de contratos en la que se basó su decisión. Los estudiantes se ríen y continúan con el tema de los jueces.

¹ 127 Mo. App. 383 (1907), reeditado en: DAWSON, John P. et al., *Contracts: Cases and Comment*, 7ª ed., Nueva York, 1998.

² Íd. en 327. Los puntos suspensivos antes de la referencia a 9 *Cyc.* 245 pertenece al registro de los editores.

LOS COMPENDIOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES DE MISSOURI

Al día siguiente el estudiante, ahora interesado en el caso, sube por la amplia y alfombrada escalera con moderna curvatura semicircular al segundo piso donde la facultad de Derecho de Vanderbilt guarda colección de jurisprudencia. El estudiante encuentra los desmenuzados tomos de la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Missouri, entre los cuales halla el fallo "Embry vs. Hargadine-MrKittrick Dry Goods Co.", en el que el juez Goode escribió la opinión de la mayoría. El caso en el compendio difiere enormemente de la versión editada. El juez en realidad no confió en una enciclopedia para darle autoridad a su decisión. Oculto por los puntos suspensivos del libro de casos está el hecho de que el juez Goode tomó su decisión de 1907 basado en dos decisiones de la Corte de Apelaciones de Missouri: "Brewinton vs. Mesker"³ y "Machine Co. vs. Criswell".⁴ De estos dos casos tomó prestado el juez Goode el lenguaje de su decisión (ej., "intenciones internas [...] secretamente anheladas" no hacen un contrato), y es a estos dos casos (y no a 9 *Cyc.* 245) a los que hacía referencia cuando decía más tarde, "En vista de estas reglas sostenemos que..." Así que sólo estaba haciendo lo que hace un buen juez: basarse en el precedente de su propia jurisdicción. El estudiante deja los jueces de lado y se dedica a los editores de libros de casos.

LA PREGUNTA Y ALGUNAS RESPUESTAS

El estudiante ha resuelto la anomalía y se queda con otra. Inevitablemente, los libros de casos presentan la jurisprudencia editada, pero ¿cómo se puede explicar una elipsis de dos páginas que hace parecer a un buen juez deshonesto o incompetente? ¿Por qué los editores de un manual tomarían esa decisión en particular? ¿Por qué editar un caso de forma tal que un juez se burle de basarse en tratados elementales y al mismo tiempo parezca basarse en una enciclopedia como prueba? Hay, creo yo, cuatro respuestas posibles: malicia, negligencia, pedagogía o religión.

³ 51 Mo. App. 348 (1892).

⁴ 58 Mo. App. 471 (1894).

MALICIA

En un extremo del espectro yace la improbable y seguramente sólo ficticia posibilidad de que los editores hayan hecho una alteración *ad hominem* inspirada en la malicia pura. Es posible imaginarse cualquier cosa –por ejemplo, el abuelo de un editor que por alguna razón está ante el banquillo del juez Goode recibiendo su ira judicial causada por un mal desayuno–. Ahora por fin, habiendo esperado al acecho por muchos años, la familia del editor se toma venganza a través de un recorte de su decisión que presenta al juez Goode como una persona incompetente. Ya gasté demasiado tiempo en esta posibilidad. La malicia es casi inimaginable.

NEGLIGENCIA

Al otro extremo del espectro yace la probable y seguramente razonable posibilidad de que la modificación haya sido puramente motivada por una cuestión de espacio y que el efecto haya sido accidental. Al hacer esperables resúmenes de una extensa opinión intentando preservar el punto principal de enseñanza, los editores inadvertidamente omitieron una parte del texto de forma tal que, sólo por casualidad, parecería que la decisión del juez Goode está fundada en una enciclopedia. No hay ningún elemento de *scienter* atribuible a los editores. Todo esto parece bastante razonable.⁵

Algunas semanas más tarde, agobiado de Contratos y ya sin más tiempo para preocuparse por el juez Goode, el estudiante busca ayuda de una fuente externa, *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract* ⁶ de Karl Llewellyn. A medida que el estudiante lee, nota que el artículo es sólo uno de una serie de artículos que evidencian el lamentable hecho de que los cursos de contratos no reflejan la realidad de la jurisprudencia. Los artículos son un esfuerzo por brindar a la enseñanza de teoría de los contratos una línea de realismo legal.⁷

⁵ Ésta es, de hecho, la explicación que el profesor Henderson me dio cuando le pregunté sobre la motivación detrás de esta elección editorial en particular. Ver nota infra 17. También debe hacerse notar que el texto omitido no cambia la sustancia de la decisión; sin embargo, el texto editado tal como figura hace cambiar el respaldo detrás de la sustancia.

⁶ 47 Yale L. J. 1243 (1938).

⁷ Ver LLEWELLYN, Karl, *Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance*. II. 48 Yale L. J. 779 (1939).

El profesor Llewellyn ha llegado a la conclusión de que la doctrina de contratos en las facultades no representa adecuadamente la jurisprudencia al leer mucho de ella. La causa de la desconexión es la imposibilidad de reducir a doctrina prolija la Medusa multifacética de las decisiones de las cortes.⁸ Para el realismo legal esto es fundacional, y Llewellyn comienza sus artículos sobre contratos con una lista de siete principios bajo los cuales las cortes formulan reglas; algunos de estos principios son buenos y otros no.⁹

No es necesario describir aquí en detalle las siete categorías, dado que son puntos a lo largo de un espectro de toma de decisiones judiciales endémico a los escritos de Llewellyn y no exclusivo a esta serie de artículos.¹⁰ Basta con decir que los principios buenos –del uno al cuatro– involucran una formulación de más estrecha a más amplia del precedente como base de la decisión judicial.¹¹ Aquí el juez está intentando conectar los hechos de este caso con los hechos o las decisiones de casos dominantes del pasado.

Los últimos tres principios son los malos, entre ellos el número cinco: “la regla es lo que algún escritor difunto *dijo* que sería”.¹² Llewellyn llega a lamentarse: “Si la quinta proposición carece de significado, entonces no puedo entender, por ejemplo, la enumeración de opiniones en las que se dice que un caso fue ‘explicado’ *ni la frecuencia de las citas de Cyc... al proveer ‘la regla’*”.¹³ Para el estudiante que lee esto por primera vez y que está sorprendido por la alteración de *Embry*, todo parece tener sentido. El recorte puede no haber sido accidental.

Si se pudiera demostrar que los editores tenían en mente a Llewellyn cuando hicieron esta modificación, entonces no son culpables de negligencia, sino que han recortado la opinión del juez Goode para imitar el principio cinco de Llewellyn. Esta evidencia puede ser atrayente, sin embargo es sólo un indicio. En primer lugar, los editores hacen referencia en la página 383 del manual a la serie de artículos titulada *Our Case-Law*

⁸ LLEWELLYND, nota supra 6, en 1244.

⁹ Íd., en 1241-40.

¹⁰ Cf. LLEWELLYN, Karl, *The Bramble Bush* 73-74 (Austin, 1995) (1930).

¹¹ LLEWELLYN, nota supra 6, en 1244-45.

¹² Íd., en 1245.

¹³ Íd., en 1246 (énfasis agregado).

UN BUEN JUEZ ES DIFÍCIL DE ENCONTRAR

THOMAS HAYES

of Contract. Sin embargo, esos artículos fueron precedidos en el tiempo por un artículo de Llewellyn publicado por el *Yale Law Journal*, "What Price Contract? -An Essay in Perspective-"¹⁴ y los editores citan una parte de este artículo para introducir su versión de "Embry vs. Hargadine". Así que estaban pensando en Llewellyn. ¿Pero cómo o por qué estaban pensando en Llewellyn? Quizás ahora hayamos descartado los dos extremos del espectro explicativo, malicia y negligencia. Hasta ahora no hemos encontrado una explicación mejor.

PEDAGOGÍA

Los editores pudieron estar motivados a crear dentro del caso una oportunidad heurística. Deliberadamente recrearon dentro del caso un escenario en el que los estudiantes pudieran descubrir, y en consecuencia aprender por contacto (para usar una frase de Whitehead)¹⁵ una lección sobre Realismo Judicial. Dejando a un lado por un momento la decencia de hacer esto a expensas del juez Goode, si éste es el motivo, sería de esperar alguna pista, tal como una nota: "¿En base a qué tomó su decisión el juez Goode?" o un fragmento más puntual de Llewellyn antes o después del caso. Tal como figuran el caso y el texto que lo rodea, no hay forma de que un alumno de primer año, o hasta incluso un profesor, haga la conexión entre el caso editado y una proposición clave de Realismo Legal, concretamente los enjuiciamientos desalineados. Probablemente los editores no hayan previsto el camino fortuito e indirecto por el que yo hice la conexión.

Si realmente tenían un objetivo didáctico, como por ejemplo enseñar las grandes lecciones del Realismo Legal, y si realmente tenían a Llewellyn en mente, como seguramente hubiese sido, entonces ¿por qué no elegir uno de los casos de Llewellyn en el que una de esas decisiones mal fundadas, de hecho, tiene lugar? Tal como figura, si un estudiante hiciera las conexiones y los descubrimientos necesarios, yo creo que llegaría a la conclusión opuesta sobre el Realismo Legal: que debe ser casi imposible encontrar un ejemplo de un juez que no se base en el precedente de su propia jurisdicción. A fin de cuentas, no estoy convencido de que la alteración tenga un propósito didáctico, al menos no uno objetivo o evidente.

¹⁴ 40 *Yale L. J.* 704 (1931).

¹⁵ Cfr. NORTH WHITEHEAD, Alfred, *The Aims of Education* 66 (Nueva York, 1967).

RELIGIÓN

La explicación final para la alteración yace sobre lo que puede llamarse una explicación religiosa si usamos el sentido más literal de esa palabra. Los editores, ya sea consciente o inconscientemente, se han comprometido con una creencia en el Realismo Legal. Es más que probable que esta influencia sea inconsciente. En este sentido, el recorte ocurre de una forma bastante parecida a la descrita más arriba en el escenario accidental o “negligente”, con una diferencia importante. Los editores estaban tan influenciados por el Realismo Legal que no notaron o simplemente ignoraron lo que verdaderamente debieron notar, concretamente convirtieron a un juez, que de hecho decidía sus casos de una forma ultra formal –*Stare decisis*– en un Realista Legal. Si la modificación fue influenciada por una imitación inconsciente del principio cinco de Llewellyn, entonces el realismo de Llewellyn se convirtió en eso contra lo que luchaba, una teoría de jurisprudencia que no está respaldada por la jurisprudencia. Los editores se volvieron tan ciegos y tan sordos a los ejemplos de jurisprudencia formal que inconscientemente editan textos que pasan a ser avatares de una teoría de realismo. La verdad a medias de una generación pasó a ser la verdad total de otra.¹⁶

Si la alteración fue consciente, entonces no cambia demasiado excepto que la elección es deliberada. La diferencia es como la que existe entre un creyente y un fanático. El creyente del credo no nota su ceguera a la realidad mientras que el fanático no puede tolerar la realidad.¹⁷

¹⁶ La oración está adaptada de Cardozo. Ver “*Allegheny College vs. National Chautauqua County Bank*”, 159 N. E. 173, 174 (N. Y. 1927).

¹⁷ No creo que la elección del editor haya sido consciente, y esto se basa en la correspondencia que mantuve con el profesor Henderson. Con su permiso, doy aquí sus respuestas a mi pregunta sobre la edición del caso Embry:

En cuanto a los asuntos que planteas, me temo que no tengo mucho para contribuir (mis memorias sobre la última vez que edité Embry, especialmente junto con otro material en mente, se han desvanecido). “La edición de casos siempre es guiada por cuestiones de espacio”. Y en el libro hemos intentado proveer ejercicios sobre metodología legal. “Además, por supuesto que Llewellyn es un gigante, y fue mi profesor en la Universidad de Chicago a fines de los cincuenta”. Así que tengo la tendencia a conectar sus ideas sobre procesos legales con los casos del libro. Sencillamente no puedo ser más específico sobre las interconexiones de los pasajes que tienes en mente. (Énfasis agregado.) Dejo que el lector decida si su explicación sustenta su punto de vista o el mío.

OBSERVACIONES GENERALES

En la ciencia, la presencia de un simple hecho que no concuerda con una teoría la destruye pero, como se nota a menudo, esta misma verdad no se aplica a las teorías dentro de las Ciencias Sociales.¹⁸ Esto no representa ningún peligro siempre y cuando las teorías intenten primariamente categorizar información para que su transmisión sea manejable. Pero cuando los científicos sociales dejan de ver el valor de una teoría como organizacional y comienzan a ver valor en la teoría misma, han dado un paso desde la didáctica a la dogmática. La evidencia de que ese cambio ha ocurrido o está ocurriendo es la falta de atención o la intolerancia de los científicos sociales a los hechos que no son contestes con la teoría.

Sería de ayuda en este punto describir brevemente los hechos que impulsaron este ensayo, a fin de ilustrar la transición que ha ocurrido.

- En 1907 el juez Goode decide el caso “Embry” basado en dos decisiones anteriores de la Corte de Apelaciones de Missouri.
- En los años treinta Karl Llewellyn comienza a publicar artículos que demuestran que la enseñanza de esa época sobre toma de decisiones judiciales no tenía el apoyo de la jurisprudencia subyacente.
- Para corregir la doctrina incorrecta, Llewellyn comienza a rastrear y categorizar los casos de una manera mucho más compleja y sofisticada que demuestra una práctica judicial realista. Entre las categorías está la práctica judicial de contar con la autoridad de las enciclopedias en lugar del precedente del caso.
- El trabajo de Llewellyn se vuelve influyente, y comienza a enseñarse en las facultades.
- En una edición de 1998 de un libro de casos de jurisprudencia, los editores incluyen el caso “Embry” para ilustrar la teoría objetiva de formación de contratos y lo presentan de tal manera que la decisión parezca estar fundada en una enciclopedia.

¹⁸ Es típico de MACINTYRE, Alasdair, “The Character of Generalizations in Social Science and Their Lack of Predictive Power”, en *After Virtue*, 2ª ed., Notre Dame, 1984, p. 88.

- Al confiar en la buena fe del editor, un profesor de contratos llama la atención sobre la decisión y la autoridad en la que se basa. Le señala a sus estudiantes que en realidad la toma de decisiones judiciales no siempre se basa en el precedente de una jurisdicción en particular.

El resultado es una pérdida doble. En primer lugar, los alumnos heredan el resultado del trabajo de Llewellyn a través de una especie de puerta de marfil de falsos sueños.¹⁹ Al hacer eso no aprenden la verdadera lección que Llewellyn tenía para enseñar: que uno aprende la ley al leer casos de cada vez mayor sofisticación sobre lo que es la ley, no intentando encasillar los casos en unos pocos conceptos gastados. En segundo lugar, el trabajo de buena fe del juez Goode se ve disminuido, una víctima del disminuido respeto que le tiene el Realismo Legal a la autoridad judicial.

El mismo Llewellyn no fue consciente del peligro: “[L]a síntesis doctrinal tiende a distorsionar toda visión de la realidad subyacente. Porque la síntesis doctrinal es y siempre debe ser en términos conceptuales, en clases, en supuestas uniformidades, inclusiva, exclusiva”.²⁰ Más particularmente, no era consciente del peligro a nivel educacional. Irónicamente, la súplica de los artículos que inspiraron la decisión editorial era de veracidad en la presentación de jurisprudencia a los estudiantes:

El estudiante, y particularmente el neófito, tiene derecho a un cuerpo de doctrinas legales tan sencillas, comprensibles, con sentido común, y de fácil aproximación como los casos sean capaces de producir [...] Si el mundo de leyes fuese así desde su misma creación en la mente del estudiante, creado en divisiones y conceptos que falsificaran los hechos de la ley, el estudiante estaría desamparado.²¹

Cuando los editores de un libro de casos comienzan a manipular las opiniones judiciales para amoldarse a una teoría de Realismo Legal, es

¹⁹ Referencia a *La Odisea*, canto XIX. “Hay dos puertas para los leves sueños: una, construida de cuerno; y otra, de marfil. Los que vienen por el bruñido marfil nos engañan, trayéndonos palabras sin efecto; y los que salen por el pulimentado cuerno anuncian, al mortal que los ve, cosas que realmente han de verificarse.” (N. del T.: traducción al español de Luis Segala y Estalella).

²⁰ LLEWELLYN, nota supra 14, en 750.

²¹ LLEWELLYN, nota supra 7, en 783 (énfasis omitido).

UN BUEN JUEZ ES DIFÍCIL DE ENCONTRAR

THOMAS HAYES

entonces cuando este realismo, tal como Llewellyn lo conoció, se convierte en credo. Tales educadores ya no pertenecen a la tradición de Aristóteles sino a la tradición de John Dewey, que escribió: “En el último análisis, todo lo que el educador puede hacer es modificar los estímulos para que la respuesta resulte tan segura como sea posible en la formación de disposiciones deseables tanto intelectual como emocionalmente...” y “El problema de enseñar es mantener la experiencia del alumno moviéndose en dirección hacia lo que el experto ya sabe”.²² Llewellyn, sin embargo, abandonó los falsos métodos pedagógicos, sin importar cuánto placer (o interés) resultara de ellos, cuando se dio cuenta de que esos métodos no eran ejemplos verdaderos de jurisprudencia.²³ Esto es porque Llewellyn también era consciente de la solución para las formulaciones doctrinales: “El campo de batalla de dichas síntesis es y siempre debe ser el caso marginal e incluso patológico que examina la arrolladora generalización”.²⁴

Yo añadiría otros adjetivos al arsenal (como “viejo” e “inedito”).

* * *

Como dice el dicho, la mentira tiene patas cortas. Y también la manipulación de la autoridad inherente en las palabras de un juez.

Enmascarar una formulación inadecuada bajo el disfraz de Principio puede salvarla por un tiempo de la detección y desenmascaramiento, y hasta puede desorientar a estudiantes e incluso a cortes (...) [P]ero ese “enmascaramiento” no “convierte” una formulación en un Principio, ni el éxito del enmascarador en ser “llamado” por ese nombre: debe obtener “resultados”, en casos, en decisiones, y con alguna regularidad, o si no permanecerá siendo falso.²⁵

En mi experiencia, los estudiantes descubren a los farsantes para desengañarse de la falsa pedagogía. La educación, legal o de cualquier otro

²² “The Nature of Subject Matter”, en *John Dewey on Education*, Chicago, ed. Reginald D. Archambault, 1974, pp. 358-363.

²³ LLEWELLYN, nota supra 7, en 787, nro. 9.

²⁴ LLEWELLYN, nota supra 14, en 750.

²⁵ LLEWELLYN, nota supra 6, en 1263.

tipo, siempre debe tratar con la verdad, no con la mentira (sin importar cuan eficiente o interesante pueda ser la mentira). La fuente primaria –para los estudiantes de Derecho serían los casos– es el mejor remedio contra las teorías falsas pero, como muestra este ensayo, los libros de casos, en realidad, pueden ser compilaciones de jurisprudencia en los que se no puede confiar con seguridad.

Nadie debería sugerir que los casos nunca tendrían que ser compilados con vistas a una teoría en particular, pero la teoría debe ser parte de los casos, no de versiones manipuladas de los casos. No tengo la experiencia ni la información para probar cuan extensa es la manipulación editorial en los libros de registros. No obstante, la segunda cosa que aprendí como profesor de escuela secundaria fue que cuando atrapas a los alumnos fumando detrás del gimnasio, siempre te dirán que es la primera vez que lo hacen y que nunca volverá a pasar. Tengan cuidado alumnos y profesores.