

UN PREMIO NOBEL EN LA CIENCIA LEGAL: TEORÍA, TRABAJO EMPÍRICO Y EL MÉTODO CIENTÍFICO EN EL ESTUDIO DEL DERECHO**

Thomas S. ULEN¹

I) Introducción

En este trabajo empleo la ficción de un Premio Nobel en la Ciencia del Derecho, para discutir lo que creo va a ser la dirección predominante del cambio en el estudio académico del derecho, y específicamente sobre el papel de la teoría y de los métodos empírico y experimental en el estudio del derecho. Planteo no sin temeridad, la hipótesis de que el estudio académico del derecho se está volviendo más "científico". Decir que un estudio académico es "científico" frecuentemente se entiende como una forma de alabar el estudio y de contrastarlo con otros métodos "no científicos" que se considera que caracterizan a trabajos académicos que no merecen tanto reconocimiento. Aunque tengo una consideración muy alta por los logros y métodos de las ciencias, no intento invocar la palabra "científico" de una manera concluyente. No podré desarrollar mi argumento científicamente; más bien lo esbozaré, sosteniendo que el estudio del derecho no sólo es apropiado para la aplicación del método científico, sino que también el estudio académico ha sido por un largo tiempo semejante a otras actividades, caracterizadas comúnmente como científicas. Argumentaré, por ejemplo, que los trabajos académicos poseen un aspecto científico que ha pasado frecuentemente inadvertido.

** Publicado originalmente en inglés como *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*, "University of Illinois Law Review", Vol. 2002, N° 4. Agradecemos al autor y al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción de Laura Giuliani, abogada (UBA) y trabajadora social (Escuela de Servicio Social de Bahía Blanca). Revisión de Magdalena Zold.

¹ Thomas S. Ulen, *Distinguished Professor, College of Law, University of Illinois at Urbana Champaign and Professor, Institute of Government and Public Affairs, University of Illinois*. Agradezco especialmente a Patrick Maher del Departamento de Filosofía de la Universidad de Illinois de Urbana-Champaign por su provechosa discusión de algunos de los puntos de este trabajo. A mi amigo y colega Richard Mc. Adams por su incommensurable ayuda (y por supuesto en la organización del simposio). Su colaboración es tan importante que se merece figurar como coautor. Además agradezco las discusiones y comentarios de Tom Ginsburg; Hank Greely; Owen Jones; Jay Kesau; Russell Korobkin; Richard Posner y Bruce Smith. También reconozco la ayuda en investigación de Charles M. Evans, *University of Illinois, College of Law*, Clase del 2003.

Además, desarrollaré el argumento de que las tendencias académicas recientes en el derecho ponen en evidencia un movimiento en dirección a una disciplina más parecida a una ciencia. Aunque enfatizo el gradual y continuo cambio en el trabajo jurídico académico de los pasados cincuenta o más años, creo también que a través de la acumulación silenciosa de muchos cambios durante las últimas décadas, la actividad académica en derecho está a punto de realizar un cambio dramático en la forma habitual de hacer investigación legal. En pocas palabras, el cambio consiste en hacer derecho de una manera mucho más similar a otras disciplinas universitarias que se consideran "científicas", y cada vez menos parecido a aquellas disciplinas que conscientemente evaden el método científico.

¿Cuál es la explicación para este cambio en el estudio académico del derecho? Esta es una pregunta complicada e intrigante que supera mi capacidad de respuesta. Una parte importante de la respuesta será, sin dudas, que el derecho, como cualquier otra disciplina, se encuentra constantemente sujeto a cambios y que el efecto acumulativo de aquellos muchos pequeños cambios no pueden ser evidentes hasta que un gran número de ellos se haya consolidado. Otros han advertido los cambios ocurridos en el derecho, algunos en forma favorable² y otros en forma desfavorable.³

Destaco la ironía de que mientras que el estudio académico del derecho se está transformando, como creo, en más científico, existe una declinación generalmente perceptible en el reconocimiento social y en la aceptación de la ciencia. Tal vez en alguna época la ciencia y los científicos eran tratados universalmente con reverencia. Aquel tiempo ya pasó. Al menos desde que en los años cincuenta C.P. Snow argumentó que había dos culturas, la literaria o artística y la científica,⁴ ha existido una división clara entre ciencia y las restantes disciplinas académicas. Los científicos desconfían de las otras disciplinas académicas por encontrarlas demasiado "blandas". Se ha argumentado que aquellas otras disciplinas utilizan normas diferentes y menos defendibles, para establecer qué constituye un avance en el conocimiento. En cambio, a ve-

² POSNER, Richard, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline*, 100. "HARV. I. REV" (1987)

³ KRONMAN, Anthony D., *The lost lawyer* (1999), argumenta que la prominencia de la teoría económica en la enseñanza moderna del derecho explica la declinación al todavía abogado práctico.

⁴ SNOW, C. P., *Two Cultures* (2da. ed. 1964).

ces se argumenta que las artes cultivan o refinan las emociones o intuiciones, conduciendo a diferentes y altamente subjetivos estándares de estudio académico. Por su parte, muchos en las artes liberales creen que la ciencia es fría, lógica y calculadora.⁵ Critican el argumento de que lo que la ciencia hace es objetivo y por ende, sujeto a estándares de evaluación sobre los que existe común acuerdo. Efectivamente, uno podría argumentar que el desarrollo y la atracción del postmodernismo se alimenta en gran parte de su escepticismo hacia la ciencia.⁶

Fuera del ámbito académico existe también una declinación palpable en la confianza que la sociedad deposita en la ciencia.⁷ Muchos parecen opinar que la ciencia es responsable de tantos problemas como aquellos que ha remediado; que no es el maravilloso motor del descubrimiento de la verdad que algunos creen; que es la ganancia, y no la búsqueda del conocimiento, lo que impulsa la investigación científica; y que la ciencia marcha inexorablemente hacia el descubrimiento de problemas que nosotros, los seres humanos, sólo estamos parcialmente capacitados para manejar.⁸ A la luz de estas críticas, reconozco lo arrogante de argumentar que la aparición de un método científico en la investigación del derecho es necesariamente una cosa buena. Sin embargo, al mismo tiempo que reconozco que cada cambio tiene sus costos, creo firmemente que el movimiento hacia un estudio más científico del derecho brindará más beneficios que costos.

Procederé de la siguiente manera: brevemente explicaré en la Parte II qué entendemos nosotros por "ciencia" y por "método científico". También debo sortear una perspectiva muy arriesgada y popular entre muchos académicos, que sostienen que el estudio académico del derecho como actualmente se practica no constituye ciencia porque no es "falsable". Es tal la importancia de este punto que en la Parte III reviso la filosofía de la ciencia con el objetivo de establecer si el positivismo lógi-

⁵ Henry Adams capturó la diferencia percibida entre ciencia y todo lo demás "Ninguna detonación de un banco de arena de la ciencia se ha apropiado la epidermis de la historia, del pensamiento y del sentimiento". ADAMS, Henry, *The education of Henry Adams*, 90, 1918.

⁶ NAGEL, Thomas, *The last word*, págs. 77-79, 1996.

⁷ DUNBAR, Robin, *The trouble with science*, 8-11, 1995.

⁸ Éste es un tema común, por ejemplo, en el debate sobre la ética de la clonación humana. Ver, por ejemplo, KASS, Leon y WILSON, James Q., *The Ethics of Cloning*, 3-24; 61-74 (1998). Ver, además, Fukuyama, Francis, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, 2002.

co, y su criterio central de falsabilidad aún tiene la aprobación que muchos estudiosos del derecho creen que tiene. Con cierta sorpresa advierto que hace ya tiempo que el positivismo lógico cedió espacio dentro de la filosofía de la ciencia, a visiones alternativas, tanto del método científico como de la verificación. Asimismo, examinaré las visiones más recientes para mostrar su aplicación al estudio del derecho. En la parte IV me ocupo de examinar al derecho como una ciencia. A este respecto, sostendré que el derecho ha seguido por largo tiempo, en forma implícita, la visión de la ciencia y del papel de la verificación en la investigación científica, como el adoptado por la moderna filosofía de la ciencia. Además mostraré que el trabajo teórico y empírico han aumentado en la producción académica del derecho en el pasado reciente. Pero además trato de distinguir el tipo de teoría que se está volviendo cada vez más común en el estudio del derecho desde la jurisprudencia o desde la filosofía del derecho. Específicamente la teoría que actualmente recibe mayor reconocimiento por parte de la academia legal es menos jurisprudencial y más parecida a las teorías que caracterizan a las ciencias naturales y otras ciencias sociales. La teorización más moderna en derecho tiende a hacer predicciones acerca de las consecuencias de reglas y estándares de derecho en el mundo real. Aunque aquellas teorías más nuevas deben ser lógicamente coherentes y consistentes, eventualmente su valor depende del cuidado puesto en el trabajo empírico y experimental que las origine. Finalizo con alguna especulación sobre si las tendencias que he identificado resultarán en un Premio Nobel en Ciencia del Derecho.⁹

⁹ Mi especulación acerca de un Premio Nobel en Ciencia Jurídica es en realidad un instrumento retórico. Sin embargo, presenta una cuestión representativa y reveladora de la extensión y la marcha de los cambios que ocurren en el estudio académico del derecho. La analogía que tengo en mente es la que puede existir entre el estudio del derecho y las ciencias por las cuales la Real Academia Sueca y el Banco Real de Suecia otorgan a los Premios Nobel (fisiología o medicina, física, química y economía). Pero muchos participantes del simposio que tuvo lugar en Champaign, Illinois, el 13 de abril de 2001 se preguntaron si la analogía más apropiada para el derecho no debería ser los Premios Nobel de la Paz y de Literatura. Presumiblemente intentaron sugerir que los análisis más matizados, contextuales y culturalmente determinados y caso por caso que caracterizan a los premios de la Paz y de Literatura, deberían ser más adecuados (para compararlos) con un Premio Nobel en derecho. Por supuesto veo el punto. Pero mi argumento es que la analogía entre el derecho y las ciencias naturales y sociales es la más apropiada. Para una pequeña historia de los premios y procedimientos por los cuales los premiados son seleccionados, véase el apéndice de este artículo.

II. El método científico

A fin de considerar si el estudio del derecho es “científico”, primero explicaré que implica para una disciplina académica el ser ciencia y que sus profesionales utilicen el “método científico”.

Sorprende la vigencia que en la historia de la humanidad ha tenido hasta hace muy poco esta pregunta. Hasta hace aproximadamente 500 años atrás, el énfasis en la adquisición del conocimiento estaba puesto en construir discusiones lógicamente coherentes derivadas de principios elementales. El método desarrollado por Euclides en *Los elementos*¹⁰ constituía un modelo de cómo proceder. Partiendo de unos pocos axiomas no verificados, pero evidentemente obvios, Euclides dedujo teoremas complejos acerca de la geometría. Las investigaciones que seguían el método estaban generalmente dirigidas a aquella clase de preguntas que sólo podían ser resueltas por la argumentación lógica. Y claro está, existen muchas preguntas interesantes que son de esta clase. Muchas tienden a ser filosóficas: ¿qué es correcto? ¿qué es bueno?, pero también existen otras preguntas relacionadas con el derecho que no son de esta clase. Una vez que, por ejemplo, el Congreso sanciona penalmente el uso o venta de sustancias adictivas, se originan preguntas acerca de si una sustancia dada –como el alcohol, la cafeína o la heroína– se encuentra alcanzada por esta prohibición.

Pero la indagación acerca del mundo simplemente a través de la argumentación lógica tiene sus limitaciones. Por ejemplo, hay ocasiones en que los axiomas desde los cuales proviene determinada argumentación requieren una confirmación experimental. Supongamos que uno ha comenzado una investigación partiendo de la presunción de que existen cuatro elementos fundamentales (aire, fuego, agua y tierra), y ha derivado un conjunto de proposiciones acerca del mundo sobre la base de aquella presunción. Ahora supongamos que alguien propone que existe un quinto elemento fundamental llamado “flogisto”, y demuestra que la inclusión de este elemento requiere alterar las conclusiones derivadas de la presunción original de que sólo existen cuatro elementos. Ciertamente es que la argumentación lógica puede, en principio, resolver si es que existen cuatro o cinco elementos (o un número diferente). Sin embargo, las controversias

¹⁰ EUCLID, *The Elements*, Heath, 1956.

de esta clase también pueden provocar una clase diferente de investigación, es decir una investigación empírica del problema.

Se puede reconocer que generalmente, existe una gama más amplia de preguntas interesantes e importantes –más allá de aquellas relacionadas con la coherencia y la deducción lógica–, que sólo pueden ser respondidas a través de la observación, el testeo, la recolección de datos y su elaboración. Ejemplos de este tipo son: ¿qué hora es?; ¿hay más hombres o mujeres en esta sala?; ¿cuándo es la próxima elección presidencial en los Estados Unidos? El derecho se encuentra, por supuesto, familiarizado con la averiguación de hechos: la mayor parte de los juicios se centran en los hechos de un caso particular.¹¹ Pero nosotros nos estamos concentrando en aquellas preguntas del derecho más amplias, pasibles de ser respondidas por el trabajo empírico o experimental.

En algunas ocasiones durante la Edad Media, y particularmente hacia fines de la misma, la importancia de la segunda clase de preguntas adquirió más urgencia principalmente en Europa occidental.¹² Los observadores reconocieron que un nuevo método de adquisición del conocimiento estaba popularizándose y producía resultados.¹³ La más sorprendente articulación contemporánea de este nuevo método de investigación es la efectuada por Sir Francis Bacon, el Lord Canciller de Inglaterra, en *Novum Organum*.¹⁴ Bacon sostuvo que el científico debería ser un observador imparcial de la naturaleza, recogiendo sus observaciones. A través de la recolección y organización de los hechos del mundo natural, emergerían los patrones que se convertirían en conocimiento científico.¹⁵

¹¹ La distinción entre problemas que pueden ser resueltos por la argumentación lógica y aquellos que pueden ser resueltos por la observación empírica son hechas en BLACKBURN, Simon, *Think*, (2000). Los filósofos solían discutir este problema de la diferencia entre verdades necesarias y contingentes. Se consideraba que las verdades necesarias constituían el dominio particular de la filosofía, mientras que las verdades contingentes correspondían al terreno del empirismo. Véase RORTY, Richard, *An imaginative Philosopher: The Legacy of W. V. Quine*, "The Chronicle of Higher Education" B7, febrero de 2001.

¹² ¿Por qué este caso debería ser el caso como un punto en la historia humana? Es una pregunta fascinante pero que esta más allá de la extensión de este trabajo. Véase CROSBY, Alfred N., *The Measure of reality* (1997); JARDINE, Lisa, *Ingenious pursuits building the scientific revolution* (1999).

¹³ CROSBY, Alfred, 12; JARDINE, op. cit.

¹⁴ BACON, Sir Francis, *Novum Organum* (Joseph Devey, MA, Ed. 1902).

¹⁵ GOODSTEIN, Daniel, *How Sciences Works*, en Federal Judicial Canter, Ed, Reference Manual of Scientific Evidence 69 (1999). Críticamente, William Harvey, fue quien descubrió el patrón circulatorio de la sangre humana, y se lo menciona por haber expresado sobre el planteo de Bacon que es "Exactamente la forma en que un lord Canciller haría ciencia". Id. Nótese que

A la mayoría de los científicos actuales, cuando se les requiere una definición de "ciencia", responden que el método de investigación constituye la esencia de la ciencia. El "método científico", que Bacon y otros reconocieron surgió durante los siglos XV y XVI, consiste en un conjunto de procedimientos para "examinar el mundo natural y descubrir verdades importantes acerca de él".¹⁶ Científicos dedicados a un área específica comparten un enfoque común para acercarse a su objeto de conocimiento, un núcleo teórico central desde el cual las hipótesis acerca de su materia pueden ser derivadas de otras aprendidas en la teoría, y comparten una técnica común para determinar si las hipótesis resultan aceptables para aquellos especializados en el área.

A los efectos de ilustrar esta afirmación, consideremos la microeconomía moderna, un campo contiguo al derecho y para el cual existe como sabemos, un Premio Nobel. En el campo de la microeconomía comparten un cuerpo de conocimientos, la teoría de la elección racional, que se aplica a la toma de decisiones de los consumidores, a la organización de la empresa y a su proceso interno de toma de decisiones, a las decisiones de oferta y demanda de insumos para la producción, y a cuestiones relacionadas con la evolución normativa de las diferentes situaciones económicas en el mundo. Además, los especialistas en este campo reconocen que las hipótesis acerca de la toma de decisiones deberían derivarse de la comprensión teórica compartida de los procesos de toma de decisiones, y que hay técnicas aceptables para la evaluación empírica -las herramientas de la econometría- que confirman o refutan estas hipótesis.¹⁷

El derecho ha luchado, por supuesto, con el problema de qué constituye ciencia, no para examinar sus propios métodos de investigación pero sí para resolver cuestiones acerca de qué evidencia resulta aceptable. La razón obvia para vincular el derecho y la ciencia radica en que existen a menudo circunstancias en las que quienes deben resolver cuestiones jurídicas, deben evaluar la credibilidad de testimonios cuya autoridad se dice

Bacon hacía hincapié en que la observación era la principal característica de la ciencia y no la retroalimentación entre el trabajo empírico y experimental y la teoría.

¹⁶ BACON, Sir Francis, op. cit.

¹⁷ Hay por supuesto, una gran cantidad de controversias acerca de si la economía es realmente una ciencia en el mismo sentido que la biología, química, física y ciencias naturales. Ver SUTTON, John, *Marshalls Tendencias* (2000).

derivada de la "ciencia".¹⁸ La conexión simple radica en que si el testimonio se considera "científico", entonces la autoridad competente para establecer los hechos o decidir, seguramente otorgará más peso a este testimonio que a una simple opinión. Se puede obtener una idea de esto imaginando a un astrólogo que pretende prestar testimonio en el sentido de que una lectura oportuna de los signos astrológicos del demandante habría revelado que ella tenía una tendencia a accidentarse en el día el que se alega que por su negligencia el demandado le causó el daño a la demandante.¹⁹ ¿Se debería admitir y acordar peso científico al testimonio del astrólogo?²⁰ ¿Debería considerarse que existe culpa concurrente por parte del demandante en razón de haber ignorado esta información astrológica?

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha desarrollado una regla compuesta de cuatro requisitos que debe ser satisfecha para admitir un testimonio como "ciencia". En *Daubeert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*,²¹ la Corte estableció estos cuatro requisitos:

- Los soportes teóricos de los métodos deben proveer predicciones verificables a través de las cuales la teoría pueda ser falsable.
- El método debería, preferiblemente, haber sido publicado en una publicación académica con la revisión de sus pares.
- Debe existir margen de error conocido que pueda utilizarse para la evaluación de las afirmaciones.
- Los métodos deberían ser generalmente aceptados por parte de la comunidad científica a la que pertenece el testigo.²²

Estos estándares han suscitado algunas controversias,²³ las cuales aún cuando son interesantes, no conciernen directamente a la preocupa-

¹⁸ BERGER, Margaret; FAIGMAN, David, *Legal Alchemy* (1999); ELLEN Deason, *Incompatible Versions of Authority in Law and Science*, 13 Soc. Epistemology 147 (1999).

¹⁹ Quizá el testimonio intenta probar la culpa concurrente del demandante por no haber observado la advertencia astrológica, de la cual estaba en conocimiento o debía estarlo.

²⁰ Como nosotros veremos en la próxima sección, los positivistas lógicos usan la alquimia, la astrología y el psicoanálisis como ejemplo de pseudociencias, exteriormente cuerpos coherentes de conocimiento que son distinguibles desde ciencias verdaderas en que ellos hacen manifestaciones que no son falseables. Ver más adelante notas 25-31.

²¹ 509 US 579 (1993).

²² Íd. en págs. 593-595. Es interesante preguntarse si estos mismos cuatro requisitos son aplicables al derecho. Exactamente el criterio 2 no lo es (el de su publicación) y no son discutibles los requisitos 1 y 3.

²³ FAIGMAN, David L., *The Tipping Point in the Law's Use of Science: the Epidemic of Scientific Sophistication That Began with DNA Profiling and Toxic Torts*, 67 Brook. L. REV., 111 (2001) y FAIGMAN, *The*

ción central de este trabajo. Para nuestros propósitos aquí, basta reconocer que existe cierta, aunque no exacta, correspondencia entre las características de la ciencia y del método científico que hemos defendido más arriba, y los criterios que de acuerdo con las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos han de seguir los tribunales federales, al decidir si se debe asignar al testimonio peso científico.²⁴

Comencé esta sección destacando que existen algunas preguntas que podrían ser resueltas a través de la argumentación lógica y que existen otras que se resuelven a través de la observación empírica. Seguí luego argumentando que una forma de caracterizar el método científico es como un medio de adquisición del conocimiento acerca del mundo a través de una combinación de estos dos estilos de investigación. Específicamente, la ciencia busca articular una teoría lógicamente consistente acerca de una clase de fenómenos, para después sujetar aquella teoría a la investigación sistemática para establecer si la teoría describe con precisión y predice aquella clase de fenómenos.

Los éxitos palpables de este método de investigación dentro del mundo son muchos. En verdad, hay un famoso argumento recientemente articulado que defiende la proposición de que la obtención de mayor conocimiento en una extensa variedad de áreas depende de la aplicación del método científico a áreas —como la religión— previamente pensadas para ser abierta sólo a la intuición, la fe, y la argumentación lógica.²⁵ Reservo la Parte IV para discutir si para lograr mayores avances en el derecho puede también ser necesaria la adopción del método científico.

Law's Scientific Revolution: Reflections and Ruminations on the Law's Use of Experts in Year Seven of the Revolution, "Wash & Lee. REV", 661 (2000).

²⁴ Hay, por supuesto, otras importantes vinculaciones entre el derecho y la ciencia. Una que ha tenido recientemente interés es la relación entre la propiedad intelectual y las normas científicas. Una pregunta central ha sido si la ampliación, desde 1980, de las materias susceptibles de patentamiento impactó en forma negativa en la investigación científica por estar ello reñido con las normas prevalentes de la ciencia. Ver e.g., EISENBERG, Rebecca, S., *Proprietary Rights and the norms of Science in Biotechnology Research*, 97, "Yale L.J" 177 (1987), SELLER, Michel A. & EISENBERG, Rebecca, S., *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 *Science* 698 (1998), RAI, Arti, *Regulation Scientific Research: Intellectual Property Rights and Norms of Science. A Response to Rai and Eisenberg*, 95 "NW, U:L.Rev", 691 (2000).

²⁵ WILSON, Edward O., *Econsilience. Norms of Science*, 94 "NW, UL REV" 77 (1999).

III. Un compendio de la Filosofía de la Ciencia

En la sección previa planteé una discusión acerca de qué constituye ciencia y método científico. Aquí iré más allá de la informalidad de aquella discusión, para discutir cómo los filósofos de la ciencia abordan los problemas centrales acerca de qué constituye ciencia y verificación.²⁶

A. Popper y el positivismo lógico

La más famosa y moderna teoría filosófica de la ciencia es la de Karl Popper. En *Lógica del Descubrimiento Científico*,²⁷ Popper, un austriaco, argumentó que la ciencia opera extrayendo de la teoría prevaleciente en una determinada disciplina predicciones lógicas, que pueden ser sometidas a verificación o refutación empírica. El énfasis que Popper acuerda a la falsación surgió de su fuerte creencia de que una teoría nunca puede ser demostrada como correcta por estar corroborada con observaciones. Hasta ahora, la teoría de que el sol siempre sale por el este ha sido verificada como correcta cada mañana. Pero de acuerdo con Popper, aquella teoría podría ser refutada en cualquier momento. Por más persuasiva que podamos encontrar la observación uniforme de este fenómeno a través de miles y miles de años, estrictamente hablando, otra nueva confirmación empírica no puede demostrar nada.

En cambio Popper afirma que la evidencia disconforme con la teoría, es particularmente poderosa, porque refuta la hipótesis en forma casi concluyente. Por ejemplo, la teoría de que los cisnes son blancos es decididamente refutada por la observación de un cisne negro. Esta profunda asimetría entre confirmación y falsación de teorías constituye el núcleo de la famosa teoría de Popper. Ella conlleva la importante consecuencia de ubicar al escepticismo en un lugar muy alto entre aquellas características valoradas en la ciencia. De acuerdo con los postulados del positivismo lógico, cada teoría puede en el mejor de los casos, verse

²⁶ Estoy especialmente agradecido con Patrick Maher, Departamento de Filosofía, Universidad de Illinois al Urbana-Champaign, y Brian Leiter de la *University of Texas School of Law* por su ayuda en esta sección. Para una investigación general de los tópicos y lecturas en la filosofía de la ciencia, ver, SUPPE, Frederick, Ed, *The Structure of Scientific Theories* (2ed. 1977), CURD, Martín & COVER, J. A, Eds, *Philosophy of Science: The Central Philosophy of Science: The Central Issues* (1998), y ROSEMBERG, Alexander, *Philosophy of Science: A contemporary introduction* (2000).

²⁷ POPPER, Karl R., *The Logic of Scientific Discovery* (1959).

contingente y frágilmente sostenida porque ninguna evidencia puede corroborar conclusivamente la teoría, pero el próximo elemento de evidencia puede falsarla.

La teoría popperiana del descubrimiento científico y verificación constituyó un significativo avance en la filosofía de la ciencia. Y aún así, a pesar de su obvio atractivo, la teoría del positivismo lógico ha sido dura y exitosamente criticada. Hay dos críticas centrales. Primero, encontrar una evidencia que refuta no implica necesariamente refutar la teoría; ésta ciertamente le indica al investigador que algo es erróneo, pero ese algo no es necesariamente la teoría.²⁸ Podrían, en cambio, ser los datos o los métodos de verificación utilizados. Por otra parte, la refutación no es tan concluyente como Popper la considera. A fin de derivar de una teoría una predicción refutatoria, a menudo es necesario hacer presunciones adicionales más allá de aquellas hechas por la teoría. Si, una vez realizadas dichas presunciones, la evidencia falsea la teoría, bien puede ser el caso de que la falsación se deba a la inadecuación de las presunciones adicionales, y no a la credibilidad de la teoría subyacente.²⁹

En segundo lugar, parece contrario al sentido común sostener que ninguna cantidad de evidencias confirmada alcanza para inducir la creencia racional en una teoría. Consideremos nuevamente el ejemplo utilizado más arriba de que el sol sale por el este. El hecho de que, al menos, desde el comienzo del registro de la historia de la humanidad el sol ha salido siempre en el este no es, de acuerdo al positivismo lógico, suficiente para confirmar aquella teoría. Pero, seguramente, esta regularidad establece algún peso a favor de la teoría. El profesor David Goodstein también señala que el actual comportamiento de los científicos sugiere que ellos creen que obtener mayor evidencia confirmatoria es una buena cosa; esto es, la mayoría de los científicos actúan en su vida profesional como si valoraran cada nuevo resultado que aparenta confirmar una predicción inesperada derivada de una teoría.³⁰

²⁸ Ver SALMON, Wesley, *Foundations of Scientific Inference* (1967) y SALMON, Wesley, *Rational Prediction*, 32 Brit J.Phil, SCL 115 (1981).

²⁹ GOODSTEIN, David, nota 15 a 71.

³⁰ GOODSTEIN, David, op. cit. La capacidad confirmatoria de la evidencia común y repetida está en el núcleo de la inferencia bayesiana, que nosotros debatiremos en la Parte III, D.

Estas críticas han sido hechas de una manera tan poderosa, que hasta popperianos convencidos han aceptado su sustentabilidad.³¹ La visión popperiana acerca de qué constituye ciencia aceptable puede haber sido desacreditada por los críticos y la crítica pudo haber sido aceptada por los mismos popperianos. Sin embargo, y de alguna manera, sorprendentemente, la perspectiva del positivismo lógico goza de buena salud entre los académicos del derecho.³²

B-La Teoría de Kuhn sobre los cambios de paradigma

Casi tan famosa como la teoría de la falsación de Popper es la del fallecido Thomas Kuhn, un historiador de la ciencia. En *La estructura de las Revoluciones Científicas*, Kuhn argumenta que el concepto central en cada ciencia es el de "ciencia normal" o el de "paradigma prevaleciente".³³ De acuerdo con Kuhn, un paradigma es la prevaleciente combinación de teoría, estándares y métodos aceptables de investigación y confirmación en una comunidad científica.³⁴ La idea es que durante un tiempo quienes se dedican a una particular ciencia suscriben un mismo paradigma. Ellos emprenden sus investigaciones científicas respetando las restricciones impuestas por el propio paradigma. El paradigma prevaleciente sugiere predicciones acerca de los fenómenos relevantes, y los investigadores trabajan sobre aquellas predicciones y, a través de sus investigaciones, rectifican y elaboran el paradigma. La perspectiva de que cíclicamente aparecen observaciones anómalas que no parecen encajar fácilmente dentro del paradigma prevaleciente, es crucial a la noción de paradigma. Frecuentemente cuando esto ocurre, aquellos que trabajan en un paradigma son capaces de ajustarlo tanto como para acomodar una observación anómala sin tener que abandonarlo por completo. Los avances dentro de un mismo paradigma se realizan en forma incremental antes que dando pasos agigantados.

³¹ Sin embargo es considerado importante que el positivismo lógico, aunque en una forma moderna, aún tiene importantes defensores. Véase por ejemplo, FRIDMAN, Michael, *Reconsidering logical positivism* (1999).

³² Un intento reciente de revivir algunos aspectos del positivismo lógico en MILLER, Richard W, *Fact and Method: Explanation, confirmation and reality. The natural and the social*, (1987).

³³ KUHN, Thomas, *The Structure of Scientific Revolution*. (3ra. ed. 1996) (KUHN, *Scientific Revolutions* de aquí en adelante).

³⁴ Id. en 10-11.

Sin embargo, Kuhn sugiere que hay revoluciones científicas que ocurren porque algunas veces las anomalías se acumulan al punto que es casi imposible ajustar el paradigma reinante a uno que razonablemente de cuenta de las anomalías.³⁵ Finalmente alguien propone un nuevo paradigma que reemplaza el existente, dando cuenta sin fallas no sólo de todos los fenómenos que el paradigma anterior explicaba, sino también de todos aquellos fenómenos que eran anómalos bajo el viejo paradigma.

Kuhn ilustra su teoría en un trabajo anterior sobre la Revolución Copernicana.³⁶ La perspectiva ptolemaica de nuestro sistema solar sostenía que la tierra era el centro del sistema y que todos los otros planetas y el Sol giraban alrededor de la Tierra. Esta teoría era consistente con la vasta mayoría de las observaciones existentes de la época. Pero había anomalías. Algunos planetas presentaban ondas en sus órbitas alrededor de la Tierra. Es decir, a través del tiempo, ellos aparecían moviéndose a través del cielo, por ejemplo, de izquierda a derecha; después, parecían detenerse y moverse en la dirección contraria, de derecha a izquierda; luego parecía que se volvían a detener y volvían a cambiar su dirección, continuando su movimiento de izquierda a derecha.³⁷ Para Copérnico, Johannes Kepler, Tycho Brahe y otros, estas ondas eran anómalas: no había nada en la "teoría" ptolemaica del movimiento planetario que pudiera explicar un movimiento no constante.

Sin embargo, ciertos astrónomos fueron capaces de explicar las anomalías dentro de la perspectiva ptolemaica del sistema solar y lo hicieron de manera aceptable, es decir, lo suficientemente exitosa como para que la comunidad científica aceptara tales rectificaciones en el paradigma reinante.

Pero Kepler y otros sintieron que existía un camino más simple para explicar las anomalías, es decir, partir de una perspectiva completamente diferente, conforme a la cual el Sol era el centro del sistema solar y la Tierra y los otros planetas giraban alrededor del Sol. Entre otras cosas, esta visión alternativa explicaba las ondas en el movimiento planetario como una consecuencia del hecho de que la Tierra y aquellos planetas

³⁵ Íd. en 52-53.

³⁶ KUHN, *Copernican Revolution*, op. cit.

³⁷ Íd. en 48-49, 166-167.

aparentemente ondulantes estaban girando alrededor del sol, atribuyendo las ondas a los movimientos relativos de la tierra y los otros planetas.³⁸

Kuhn se preguntaba: ¿cómo cambiaron los astrónomos la perspectiva ptolemaica, centrada en la Tierra, por la del sistema solar copernicano, centrada en el Sol?³⁹ Kuhn sugirió que prevalecerá el paradigma más sencillo, el que ofrezca predicciones más fructíferas, que sea más consistente con las observaciones conocidas y que prometa mayores avances para el futuro.⁴⁰

Algunos comentaristas sobre esta cautivante explicación de los avances científicos sugieren que una importante implicancia que se deriva de la teoría kuhniana, era que un paradigma puede ser tan bueno como cualquier otro. Algunos sostuvieron que la perspectiva copernicana del sistema solar no es, en modo alguno, "mejor que" "o más real que" la visión ptolemaica; simplemente es más económica.⁴¹ Kuhn rechazó explícitamente esta visión.⁴²

La teoría de Kuhn, aun cuando es tan estimulante e inicialmente tan atractiva como la de Popper, también tiene sus críticos. La crítica central se refiere a que la teoría de Kuhn no propone una forma de saber o predecir *ex ante* cuándo es probable que ocurra un cambio de paradigma. La idea de que las anomalías se acumulan dentro de un paradigma, haciendo que eventualmente, sea muy difícil de mantener y sea más económico adoptar un paradigma diferente, puede tener sentido como una descripción amplia de las revoluciones científicas. Pero no es particularmente útil para examinar el estado de un paradigma cualquiera en un punto particular en el tiempo. Alguien que se encuentre observando a los que trabajan dentro de un paradigma, encontraría dificultad en establecer si el número de anomalías existentes en un momento determinado son trivia-

³⁸ Ver *id.* en. 209-17.

³⁹ Ver la respuesta dada en la sección siguiente, Parte V punto C, sobre cómo de acuerdo con la moderna teoría de la filosofía de la ciencia, los científicos eligen entre explicaciones competitivas para la misma evidencia.

⁴⁰ KUHN, *Scientific Revolutions*, *op. cit.*

⁴¹ Kuhn aparentemente creía en la idea de que las revoluciones científicas eran típicamente un avance de la inteligencia humana. Pero otros tienen una visión más escéptica. La visión de que la crítica moderna ha sido demasiado dura en criticar el rol de la razón en los asuntos humanos, incluyendo la ciencia, es maravillosamente realizada en TOULMIN, Stephen, *The Return to Reason* (2001).

⁴² Ver KUHN, *Copernican Revolution*, *op. cit.*

les, medianos, o lo suficientemente grandes como para provocar un cambio de paradigma.

Otro punto frecuentemente señalado por los críticos de Kuhn es que "aun cuando un cambio de paradigma es verdaderamente profundo, los paradigmas que éste separa no son necesariamente inconmensurables" como Kuhn sugirió que lo serían.⁴³ Las revoluciones no son verdaderas revoluciones, más bien ellas son evolutivas. Los progresos científicos no son alcanzados a través de pasos bien definidos de un paradigma distinto a otro, sino más bien a través de una discreta acumulación de cambios que, observados retrospectivamente constituyen un cambio dramático a través del tiempo. Los científicos raramente describen su trabajo como revolucionario. Es mucho más común que caractericen su trabajo como una construcción sobre el trabajo de otros. Isaac Newton expresó esta célebre visión en una carta a un admirador que había complementado su maravillosos avances científicos: "Si vi más lejos, es porque me paré en los hombros de un gigante".⁴⁴

Para una mayor ilustración de la teoría de Kuhn, y que se acerca a la noción de derecho, consideremos el paradigma prevaleciente en la teoría microeconómica: la teoría de la elección racional.⁴⁵ La teoría de la elección racional es hoy la teoría paradigmática para las ciencias sociales en lo que respecta a la toma de decisiones por parte de los seres humanos.⁴⁶ Ella ha demostrado ser tan fructífera en el examen de los fenómenos económicos que ha sido usada con similar éxito en disciplinas contiguas a la economía, como las ciencias políticas, las relaciones internacionales y el derecho. Aquella teoría postula que los seres humanos son cercanos y precisos calculadores de los costos y beneficios de cada una de sus acciones futuras; ellos eligen aquellas acciones que esperan que les den los mayores beneficios netos. Casi nunca cometen errores y sólo lo hacen cuando han sido sistemáticamente confundidos.

⁴³ GOODSTEIN, op. cit.

⁴⁴ La visión del progreso científico como un incremento bastante revolucionario es famosamente hecho por MERTON, Robert, K., *On the Shoulders of Giants* (1st ed. 1965-).

⁴⁵ Como hemos visto, hay más dentro de un paradigma que el núcleo teórico central. Kuhn y otros sostienen que el paradigma incluye los estándares o normas de la comunidad científica y los métodos que son usados por aquellos que suscriben a aquel.

⁴⁶ Mucho de esta sección está basada en Rusell B. KOROBKIN & Thomas S. ULLEN, *Law and Behavioral Science: Removing the rationality assumption from Law and Economics*, "CAL. L. REV.: 105" (2000).

Éste es el paradigma prevaleciente en las ciencias sociales, y los más importantes trabajos teóricos y empíricos han derivado de su asidua aplicación por generaciones de académicos talentosos. Sin embargo, recientemente ha existido un aumento en la cantidad de resultados anómalos encontrados en la investigación en ciencias sociales, los cuales son difíciles de conciliar con la teoría de la elección racional. Consideremos por ejemplo, el descubrimiento de que los individuos frecuentemente consideran los costos fijos en sus decisiones de una manera diferente a la que predice la teoría de la elección racional. La teoría propone que los que toman decisiones se darán cuenta de que una vez que se incurrió en él, el costo fijo debe ser olvidado. Para decirlo con una frase famosa: "lo pasado pisado". Entonces, por ejemplo, una vez que una persona ha adquirido un abono de temporada teatral, su decisión de asistir a cualquier espectáculo sólo debería depender de los costos variables vinculados con aquél espectáculo. No debería convencerse de asistir porque ya ha adquirido el abono y debe, entonces, sacar el mayor provecho de esa compra. El abono ya ha sido comprado independientemente de si asiste a alguna presentación en particular, a todas o a ninguna. Su decisión respecto de asistir a una presentación en especial, sólo debería depender de su humor del día, el tiempo, de sus obligaciones laborales del día siguiente, etc.

Aunque esta explicación de la toma de decisiones que involucran costos fijos pueda parecer razonable, no parece reflejar el modo en que la mayoría de los seres humanos toma estas decisiones. Los costos fijos son decididamente tomados en cuenta durante el proceso de toma de decisiones.⁴⁷

Éstos, y otros resultados anómalos, han comenzado a acumularse en las ciencias sociales que se apoyan en la teoría de los costos-beneficios. Siguiendo la orientación de Kuhn, cabe preguntarse si estas anomalías son tan numerosas que pronto habrá un cambio de paradigma. Pero la pregunta resulta imposible de contestar. La comunidad científica debe hacerse cargo de las anomalías, o bien rectificando la teoría de la elección racional para explicar los comportamientos anómalos o bien abandonando por completo aquella teoría en favor de otra.⁴⁸ Existe actualmente un

⁴⁷ KOROBKIN, Rusell B. y ULEN, Thomas S., op. cit. págs. 1069-70.

⁴⁸ Uno frecuentemente escucha decir "tomar una teoría para sacudir una teoría". Aquellos que invocan esta visión, están típicamente haciendo demasiado para justificar mantener el paradig-

gran nivel de incomodidad entre algunos especialistas en microeconomía a causa de estas anomalías.⁴⁹ Pero no existe una forma de determinar *ex ante* si éste será un ejemplo de una de las revoluciones científicas descriptas por Kuhn, o simplemente un avance acumulado en la extensa maraña de la teoría económica de los últimos trescientos años.

Ha habido intentos de conciliar a Popper con Kuhn, muy particularmente en el trabajo de Imre Lakatos.⁵⁰ Lakatos sugiere que las comunidades científicas emprenden programas de investigación que no pueden ser falsados por uno o un número pequeño de resultados. Sin embargo, el aumento de resultados y observaciones anómalas puede dar lugar a un "programa de investigación degenerativo". La comunidad puede resistir la refutación de un programa a través de la acumulación de anomalías realizando alteraciones *ad hoc* en el programa de investigación. Por ejemplo, existen movimientos anómalos en el planeta Mercurio, en la teoría newtoniana del movimiento planetario. Los newtonianos pueden salvar la teoría postulando la existencia de "Vulcano", un planeta invisible entre Mercurio y el Sol. Sin embargo, eventualmente estas alteraciones *ad hoc* deben aparecer dentro de los programas de investigación, esto es, la existencia de Vulcano debe ser descubierta o el programa debe ceder su lugar a otro.

Un importante elemento de la ciencia y el método científico que merece mencionarse es que existen normas razonablemente bien definidas que prevalecen en la comunidad científica acerca de métodos de investigación y de comportamiento. Éste es un tema muy vasto, y que sólo menciono para llamar la atención sobre el hecho de que en la comunidad científica actual existe una competencia vigorosa entre científicos para hacer avanzar el conocimiento en sus variadas áreas; que existe una sor-

ma de la teoría de los costos-beneficios hasta que alguna teoría bien articulada venga a la larga a reemplazarla. Que no es, sin embargo, como los científicos avanzan típicamente para que esto ocurra. Más bien, las anomalías surgen y una u otra son explicadas sin un paradigma rectificado o sirven como observaciones que hacen a un caso para otro paradigma (aún como indefinido).

⁴⁹ Debería ser difícil, pero es también un importante reconocimiento del significado de la teoría microeconómica, el tener que dar cuenta de estas anomalías. Un testimonio de esta importancia es el hecho que el Profesor Matthew Rabin del Departamento de Economía de la Universidad de California en Berkeley, un fecundo estudiante de los comportamientos económicos, ve como esta división focaliza sobre las anomalías en las predicciones de la teoría de los costos-beneficios, quien recientemente ha ganado la medalla de John Bates Clark de la *American Economic Association*. Muchos ganadores de la medalla Clark luego ganaron Premios Nobel.

⁵⁰ LAKATOS, Imre, *The methodology of scientific research programmes (philosophical papers)* VOL. I, G. Carrie ed., 1980.

prendente cooperación entre científicos con respecto a los datos y los resultados; que existe una fuerte convicción ética que consiste en publicar los resultados en publicaciones revisadas por pares y de participar en reuniones periódicas de investigadores, que trabajan en una misma área de especialización.⁵¹

C-La inferencia bayesiana y el descubrimiento científico

Muchos, si no la mayoría de los filósofos de la ciencia, adhieren hoy a la teoría bayesiana.⁵² Para ver cómo esta teoría podría describir cómo es el trabajo científico primero explicaremos la inferencia bayesiana, para después mostrar cómo podría describir el método científico.

1. La inferencia bayesiana en general

La inferencia bayesiana consiste en un método probabilístico de incorporación sistemática de nueva información a nuestras creencias previas.⁵³ Contrasta con la clásica inferencia probabilística, también llamada "Neyman-Pearson". Es posible ver la distinción entre ellas a través de un famoso ejemplo de inferencia. Supongamos que alguien está tirando una moneda y está contando las cantidades de resultados de cara y de ceca. La diferencia entre los métodos bayesiano y de Neyman-Pearson se relaciona con las inferencias que cada una de las técnicas realiza sobre la base de los registros de resultados obtenidos tirando la moneda. Las técnicas de Neyman-Pearson asumen que la moneda es homogénea y que, dada una gran cantidad de tiradas, el número de resultados de cara y ceca serán iguales. Desde la perspectiva de Neyman-Pearson, una sucesión de caras no llevará necesariamente al evaluador a cuestionar su premisa de que la moneda es homogénea. Más bien, este evaluador probablemente dirá, "Tengan paciencia, si continuamos tirando la moneda, habrá un correspondiente incremento en el número del resultado 'ceca' de manera que después de haber tirado la moneda un gran número de veces, la proporción de cara y ceca será igual". En cambio, un bayesiano podrá, como

⁵¹ GOODSTEIN, op. cit.

⁵² PATRICK, Maher, *Betting on theories* (1993) y COLIN HOWSON & PETER URBACH, *Scientific reasoning the bayesian approach*, 2d ed., 1989.

⁵³ HOWSON & URBACH, op. cit.

su colega seguidor de Neyman-Pearson, partir de la presunción de que la moneda es homogénea. Pero si el número de uno de los dos posibles resultados comienza a predominar, ante la aparición de evidencia acumulativa, el bayesiano “actualizará” su “creencia anterior” de que la moneda es homogénea. La evidencia podría persuadirlo de que hay una creciente e importante probabilidad de que la moneda sea irregular. Alguien comprometido a evaluar los registros de las tiradas de moneda desde la perspectiva de Neyman-Pearson puede, desde luego, concluir que la moneda no es homogénea. Pero el hecho distintivo es que los bayesianos siguen un camino sistemático para alcanzar esta conclusión, mientras que los seguidores de Neyman-Pearson deben abandonar sus presunciones de que la moneda es homogénea sin que exista dentro de esa teoría un método sistemático que lleve a realizar tal abandono.

2. *Un ejemplo*

La inferencia bayesiana proporciona un método de determinación del valor probatorio de la nueva información. Lo que es más, como veremos, este estilo de inferencias suministra un método para medir el grado en que la nueva información puede alterar las creencias anteriores. Consideremos un ejemplo.

Supongamos que usted es un médico. Una paciente concurre a su consultorio a contarle que ha descubierto un pequeño bulto en su pecho y teme que sea cancerígeno. Usted la examina y entonces le cuenta –sobre la base de todo lo que usted sabe sobre cáncer de mama y acerca de esta paciente en particular, y acerca de mujeres con su clase de historia clínica y otra información relevante– que la probabilidad de que ella tenga cáncer de mama es de un 0,10%. Ésta aparenta ser una probabilidad relativamente baja, y aún para ser prudente usted le recomienda que se realice una mamografía. Usted sabe que en este tipo de mujeres que tienen cáncer, la mamografía detectará correctamente esta situación en el 90 por ciento de los casos. La mamografía indicará erróneamente la existencia de cáncer en el 20 por ciento de los casos de mujeres que no tienen cáncer. La mamografía arroja resultados positivos, es decir, indica que la paciente tiene cáncer. ¿Cuál es la probabilidad de que la mujer realmente tenga cáncer de mama?

Supongamos que hay cien mujeres que tienen la misma historia clínica y otras características relevantes en común como las de esta paciente y que las cifras correctas de casos positivos y las incorrectas de casos negativos se aplican a estas cien pacientes de manera consistente con las estimaciones arriba mencionadas. Supongamos también que 10 de ellas realmente tienen cáncer de mama y 90 no. De las 90 que no tienen cáncer, el 20% obtendrá una mamografía positiva, es decir, un falso caso de diagnóstico positivo. El 80% de aquellas 90 no tendrá una mamografía positiva, es decir, un caso correcto de diagnóstico negativo, una verdad negativa. De las 10 que tienen cáncer, el 90% mostrará una mamografía positiva (una "verdadera positiva"), y el 10% no mostrará una mamografía positiva (una "falsa negativa").

Podemos tabular los resultados como sigue:

Resultados de Test de Cáncer			
(100 pacientes examinados, 10 verdaderamente con cáncer, 90 no tiene cáncer)			
Resultado	Porcentaje exacto	Número	Caracterización
No cáncer y una mamografía positiva	20	$90 \times 0,20 = 18$	Falso positivo
No cáncer y una mamografía negativa	80	$90 \times 0,80 = 72$	Verdadero Negativo
Cáncer y una mamografía positiva	90	$10 \times 0,90 = 9$	Verdadero Positivo
Cáncer y una mamografía negativa	10	$10 \times 0,10 = 1$	Falso Negativo

La paciente tiene una mamografía positiva, por ende ella deberá ser categorizada en uno de los dos grupos que tienen una mamografía positiva.

Hay 27 pacientes que tienen mamografías positivas. Pero de estas 27 pacientes, sólo 9 realmente tienen cáncer. Por consiguiente la probabilidad de que la paciente tenga cáncer es de $9/27$ ó $0,33\%$. Es mucho más probable que ella sea una de las que no tenían cáncer y que sea una de las obtuvieron un resultado positivo de que realmente tenía cáncer.

3. La toma de decisión bayesiana y la ciencia

La inferencia bayesiana ha tenido un impacto directo en la filosofía de la ciencia. Específicamente, esta técnica ha resultado útil para proporcionar una explicación de cómo los científicos podrían elegir entre teorías alternativas. La situación de interés en este sentido se presenta cuando existen teorías alternativas para los fenómenos naturales y donde la pregunta surge respecto de si una nueva pieza de evidencia favorece más a una u a otra teoría. Los filósofos de la ciencia se refieren a esta rama de estudio como "la teoría de la confirmación".

La confirmación devino de central interés para la filosofía de la ciencia como resultado de los estudios históricos de Thomas Kuhn sobre cambios de paradigma. Algunas críticas tempranas de Kuhn señalaron que cuando dos paradigmas se encontraban en disputa o cuando dos teorías cualquiera competían entre sí, debía existir un método sistemático por parte de la comunidad científica para determinar cuál de los dos paradigmas se veía fortalecido y cuál debilitado por la aparición de la nueva evidencia. En la búsqueda para abordar esta pregunta, algunos filósofos propusieron la inferencia bayesiana como un modelo de cómo los científicos tomaron estas decisiones de confirmación y refutación.⁵⁴

La aplicación de la inferencia bayesiana al asunto de la confirmación de las teorías científicas es simple. Suponga que existe una teoría que posee cierto apoyo, aunque no un apoyo universal, entre los especialistas en cierta disciplina. La probabilidad de que la teoría sea verdadera, o el grado de creencia en la teoría, constituye la probabilidad anterior en la inferencia bayesiana. Ahora suponga que algún científico, avanzando en el estudio y los protocolos de investigación en su campo, publica una

⁵⁴ HOWSON & URBACH, *Scientific reasoning*, op. cit. y MAHER, op. cit.

nueva pieza de evidencia ¿deberían los científicos revisar su grado de creencia en la teoría sobre la base de esta nueva evidencia?⁵⁵

La perspectiva bayesiana de la confirmación científica, como las otras teorías de la filosofía de la ciencia que hemos revisado, también ha sido criticada. La más fuerte de sus críticas es la del Profesor Clark Glymour.⁵⁶ Muchas de las críticas de Glymour son técnicas y dirigidas a las presunciones subyacentes a la probabilidad bayesiana y no solamente a su aplicación a la filosofía de la ciencia. Por ejemplo, Glymour encuentra dificultades en aceptar la visión usualmente asociada a los bayesianos, de que los juicios probabilísticos representan grados de creencia; de que aquellos grados de creencia necesariamente obedecen a cálculos probabilísticos y de que los niveles de creencia cambian de acuerdo con las reglas de condicionalidad capturadas en las fórmulas bayesianas.⁵⁷ Además menciona la reconocida crítica al bayesianismo acerca de “que éste omite suministrar una conexión entre lo que es inferido y lo que es el caso”.⁵⁸ Es decir, si las probabilidades anteriores corresponden a grados de creencia personal, entonces todo lo que el bayesianismo nos da es una explicación de cómo las personas racionales deberían revisar sus grados personales de creencia, pero no explica en lo más mínimo cómo tales personas llegan a creer en afirmaciones verdaderas o llegan a escapar a las afirmaciones falsas. Una típica réplica a esta crítica es que aún si las probabilidades anteriores son simplemente personales, entonces en el transcurso de un tiempo suficiente aquellos grados de creencia personal convergerán para cada individuo y para todos los individuos en la verdad objetiva.⁵⁹ Otra réplica que uno podría hacer es que cuando se aplican las teorías científicas, los grados bayesianos de creencia no representan meros “pecaillos” personales; pero sí la creencia acordada de una bien definida y versada comunidad científica.

⁵⁵ WESLEY C. SALMON, *Rationality and Objectivity in Science or Tom Kuhn Meets Tom Bayes*, Scientific theories, V.14, Minnesota Studies in the Philosophy of Science (C. Wade Savage, ed, 1990).

⁵⁶ GYMOUR, *Theory and evidence*, 63-93 (1980).

⁵⁷ GYMOUR, *Theory and evidence*, 67-75.

⁵⁸ GYMOUR, *Theory and evidence*, 72.

⁵⁹ GYMOUR, *Theory and evidence*.

El Profesor Glymour dirige otras de sus críticas específicamente al uso de la inferencia bayesiana para explicar la ciencia. Por ejemplo, no cree que el razonamiento probabilístico haya sido una parte explícita del razonamiento científico, de ningún largo debate científico, y ciertamente, en ninguno de los ocurridos desde el siglo XVI al temprano siglo XX.⁶⁰ No creo que esta crítica sea particularmente fuerte. Aun si la teoría probabilística, y especialmente la versión bayesiana constituye un desarrollo relativamente nuevo en la historia del hombre, no se sigue de ello que el razonamiento probabilístico implícito no haya formado parte del pensamiento científico por más tiempo que el que lleva formalizado. Por analogía, la teoría de la elección racional ha sido formalizada en general sólo en los últimos cuarenta años, pero los economistas y los historiadores han hecho grandes avances en la explicación histórica utilizando esta teoría en las decisiones hechas siglos antes de que los economistas la formalizaran.⁶¹

Glymour hace dos críticas adicionales al bayesianismo en su aplicación a la ciencia. La primera es que aun si la explicación provee una explicación plausible de la confirmación dentro de una comunidad científica, omite explicar otros aspectos fundamentales del proceso de confirmación. Por ejemplo: existe una variedad de nociones metodológicas que una relación de la confirmación debería explicar: por ejemplo, la cantidad de evidencia y por qué la deseamos, las hipótesis *ad hoc* y porque las evitamos, qué distingue una hipótesis integral de una teoría de "cambio de rumbo", la simplicidad y por qué se la admira tanto, por qué las teorías son a menudo rechazadas, qué determina que una porción de evidencia sea relevante a una hipótesis, qué cosa, si la hay, hace que la confirmación de alguna parte de una teoría a través de una pieza de evidencia sea más fuerte que la confirmación de otra parte de una teoría (o posiblemente la misma parte) por otra (o posiblemente la misma) parte de evidencia.⁶²

Segundo, Glymour argumenta que la visión bayesiana no se refiere realmente a lo que más queremos conocer de debates científicos, es decir, qué cuenta con un argumento persuasivo.

⁶⁰ GYMOUR, *Theory and evidence*, 91.

⁶¹ GYMOUR, *Theory and evidence*, 63-69.

⁶² GYMOUR, *Theory and evidence*, 67-68

Lo que nosotros queremos es una explicación de la argumentación científica; lo que los bayesianos nos dan es una teoría del conocimiento en lugar de una teoría de la adquisición personal del conocimiento. Pero las argumentaciones son más o menos unipersonales. Argumento para persuadir a alguien al tanto de las premisas, y al hacerlo, no estoy proporcionando información autobiográfica. Atribuirme grados de creencia que permiten que el pasaje de mis premisas a mi conclusión sea plausible, no explica nada, no sólo porque la atribución puede ser arbitraria, sino también porque aun si es una asignación correcta de mis grados de creencia, ésta no explica por qué argumento, es decir, por qué lo que digo debería tener alguna influencia sobre los demás, o por qué debería esperar que esto suceda.⁶³

Estos puntos son muy significativos, pero no son irremontables. Podríamos responder a la primera crítica, por ejemplo, destacando que es verdad que la explicación bayesiana no se encuentra directamente dirigida a aquellos aspectos del método científico. Pero otros aspectos de la filosofía de la ciencia, más allá de la teoría de la confirmación, sí intentan dar explicaciones a la pregunta formulada por Glymour acerca de los elementos adicionales del método. Con respecto al segundo punto, nosotros creemos que Glymour no ha comprendido el hecho de que la teoría bayesiana implícitamente discute qué se considera un argumento persuasivo en su discusión acerca de lo que debería ser considerado evidencia probatoria. Por implicación, la evidencia que no posee valor probatorio no alterará las probabilidades previas. Entonces, es una respuesta parcial a la segunda crítica decir que el bayesianismo sugiere que solamente la verdadera evidencia probada debe ser considerada "argumentación", es decir, como evidencia que debería alterar una de las probabilidades anteriores o los grados previos de creencia.

La visión bayesiana no resuelve algunas de las preguntas más espinosas discutidas en la filosofía de la ciencia. Y, al igual que las otras teorías que he considerado en esta breve reseña, existen críticos de la visión bayesiana. Pero existe un avance muy importante que deviene de la introducción del bayesianismo: la teoría parece dar una visión particularmente

⁶³ GYMOUR, *Theory and evidence*, 74-75

buena de cómo la comunidad científica decide aceptar nueva evidencia que confirma o refuta una teoría existente.

IV. Derecho como ciencia

Ahora que tenemos una idea de qué constituye ciencia y de cuál es la visión moderna de la filosofía de la ciencia con relación a las nociones de ciencia y verificación de hipótesis científicas, nos encontramos en posición de averiguar si el estudio académico del derecho es científico o se encuentra en proceso de volverse científico.

En esta sección primero abordaré la pregunta de si el estudio del derecho es una ciencia, en el entendimiento de aquella palabra que desarrollé en las Partes II y III. En mi opinión el método científico en el estudio del derecho posee algunos elementos científicos, pero faltan algunos importantes elementos sustanciales, especialmente, un extendido y comúnmente aceptado núcleo teórico o paradigma, así como también estándares y métodos de verificación empírica o experimental aceptados. Sin embargo, no deseo enfatizar vigorosamente este punto porque hay algunos elementos importantes del método científico que sí están presentes en el estudio del derecho. Consideraré el caso general de si el estudio académico del derecho tuvo los puntos salientes propios de la indagación científica, para luego proponer tres ejemplos específicos que ilustran, creo, algunos signos esperanzadores indicativos de que el método científico ha estado largamente implícito en el estudio académico del derecho y de que se está volviendo más común en el estudio del mismo. Concluyo esta sección con una especulación sobre qué más puede suceder en el futuro cercano para incrementar la naturaleza científica del estudio académico del derecho.

A. Teoría Legal

Hay algunos aspectos del método científico que el estudio del derecho comparte con, entre otras, aquellas ciencias por las cuales se entrega el Premio Nobel. Y hay algunos otros aspectos de aquel método que el estudio del derecho no comparte con ellas.

El estudio del derecho, en cualquier sociedad, involucra el mismo objeto de estudio general, básicamente, todos los aspectos del sistema social de reglas promulgadas y ejecutadas por los legítimos órganos de

gobierno. Entre estos aspectos se encuentra incluida la determinación de qué constituye una regla legítima, cómo podrían responder y cómo responden de hecho a estas reglas aquellos cuyo comportamiento se encuentra alcanzado por las mismas; cómo se forman y operan dentro del sistema aquellos versados en estas reglas legítimas -los abogados-; cómo influyen sobre la ley las cortes, las legislaturas y las agencias del ejecutivo; y las relaciones entre los métodos no gubernamentales de regulación, tales como la familia y las normas sociales, afectan el comportamiento e interactúan con el sistema legal.

Aun cuando existe cierto acuerdo entre los estudiosos de derecho en lo que respecta a la materia de estudio en sus investigaciones, existe menos acuerdo respecto de los métodos por los cuales pueden conducir aceptablemente estas indagaciones y respecto de las clases de conclusiones que llevan a encontrar y verificar resultados innovadores. (Recordemos que uno de los elementos de la ciencia consiste en la aceptación general de un método por el cual esclarecer y refutar afirmaciones, aun cuando exista desacuerdo respecto del valor probatorio de alguna afirmación en particular). Una forma de medir esta carencia de un elemento esencial dentro del estudio científico del derecho viene dada por la dificultad de comunicarse más allá de las fronteras de un país entre estudiosos del derecho. En efecto, a los estudiosos del derecho en un país les resulta excesivamente difícil comunicarse con estudiosos del derecho de otro país, de manera significativa y consistente, como lo hacen otros científicos.

Para ver la diferencia entre derecho y otras disciplinas en este aspecto consideremos, en contraposición, la situación en medicina o fisiología (una disciplina en la cual hay un premio Nobel). Supongamos que un investigador en Moldavia publica una pieza en la que afirma haber encontrado un nuevo abordaje para el tratamiento exitoso del cáncer de próstata, sobre la base de sus estudios en pacientes con aquella enfermedad en Moldavia. Primero, reconozcamos que existirá amplio consenso entre los científicos interesados en este resultado, en relación con los métodos que el investigador moldavo debió haber utilizado para obtener sus conclusiones. Hay dos aspectos que se destacan en este consenso general. La materia de estudio sobre la cual el investigador concentró sus estudios (cáncer de próstata), debe ser entendida de la misma manera por los investigadores de

cualquier otro lugar. E igualmente importante, los protocolos de investigación que utilizó para investigar a los pacientes moldavos deben ser, en general, los mismos que se utilizan en otros estudios sobre la misma materia. En segundo lugar, y de gran importancia, los médicos de cualquier país del mundo están en condiciones de entender y evaluar el estudio moldavo, y si sus resultados resisten tal evaluación, pueden aplicar los resultados del estudio en el tratamiento de pacientes en sus propios países. Aceptando que el estudio moldavo resiste la cuidadosa evaluación de otros estudiosos, nadie afirmarí­a que ese estudio solamente se aplica a pacientes de cáncer de prs-tata de la República de Moldavia.

Podemos extender estos mismos comentarios aún más allá de las ciencias físicas, biológicas y naturales para incluir afirmaciones acerca de algunas de las ciencias sociales. Por ejemplo, consideremos la economía. En general, la teoría económica y las técnicas econométricas se aplican a todos los países. Los especialistas en microeconomía, por ejemplo, comparten el mismo núcleo de principios teóricos, por ejemplo el uso de la teoría de la elección racional para elaborar hipótesis acerca de los procesos de toma de decisiones con independencia del lugar donde los actores vivan y ejerzan la profesión. Como resultado, sus hipótesis acerca de cómo la gente debería comportarse, son, en un sentido muy real, independientes del tiempo y del lugar: se aplican tanto a nómades de las áreas remotas de Mongolia como a residentes urbanos de París; se aplican a las decisiones hechas por campesinos hoy y a las hechas por campesinos hace 10.000 años. Existen diferencias en la economía de distintos países, pero aquellas se explican por las diferencias en los costos relativos, en la tecnología y en las preferencias. Además es importante señalar que existe acuerdo general entre los economistas de cualquier país acerca de qué constituiría un test válido para cada hipótesis y de las técnicas por las cuáles tales tests deberían ser realizados. Por otra parte, una innovación en la teoría o en la práctica, –por ejemplo, un nuevo enfoque acerca del comportamiento o un método econométrico mejor para coleccionar y verificar información–, resultaría potencialmente útil a cualquier economista que estudie procesos de toma de decisiones económicas en cualquier lugar. Finalmente, cabe destacar que un estudio de la conducta económica moldava (o de cualquier conducta moldava predicha por la “teoría de la elección racio-

nal") apoyada por resultados econométricos es comprensible por, y de potencial interés para, economistas de cualquier país.

Nótese que alguien podría argumentar que, debido a las vastas diferencias en las condiciones locales, existe una cierta limitación para la utilidad universal de la economía. Algunos países son ricos en recursos, tienen una larga historia de fuerte innovación científica y tecnológica, y han sido bendecidos con climas benignos y escasos desastres naturales o causados por el hombre. Otros países son pobres en recursos, no tienen tradición empresarial o de innovación en el campo científico y tecnológico y son tan calurosos que el trabajo al aire libre se vuelve imposible durante largos períodos del año. Algunas sociedades tienen gobiernos que facilitan el crecimiento económico, otras no. Algunas mantienen abiertas sus fronteras y responden positivamente a la competencia extranjera, otras no.⁶⁴

Y aún así, a pesar de estas vastas diferencias culturales, de recursos gubernamentales, y de otra índole, la misma teoría económica se aplica a todos estos países. Tampoco se da el caso de que existan unas pocas teorías económicas que rivalizan entre sí, que varios países actuales y a través de la historia puedan ser agrupados en familias o tipologías explicadas por la adopción de alguna de estas teorías alternativas. La misma teoría que propone la existencia de idénticos procesos de toma de decisiones y técnicas de validación econométricas, explica también las vastas diferencias que existen en distintas economías. Así, por ejemplo, las diferencias en la producción agrícola, de manufacturas, y de servicios entre los diferentes países podrían explicarse en gran parte por diferencias en factores como la tecnología, gustos y preferencias de la población, y los precios relativos dentro de la economía. La teoría puede también salirse de los límites estrictos de la economía y acudir a explicaciones *ad hoc* para ciertos factores históricos (o dependientes de ciertas tendencias), tales como la predisposición política adversa a la democracia o patrones históricos de vulnerabilidad ante la invasión y explotación extranjeras.

El punto central de este ejemplo consiste en que existe una sola teoría central económica del proceso de toma de decisiones y del desarro-

⁶⁴ Para una discusión de estos y otros factores, particularmente la influencia de la "cultura" en el desarrollo económico, véase David LANDELS, *The wealth and and poverty of nations*, 1998.

llo económico, tal como sólo existe una teoría central de la física, la química, la microbiología, la genética humana, la fisiología y la medicina.⁶⁵

Retornemos ahora al derecho, donde la situación presenta un nítido contraste con relación a los ejemplos del fisiólogo o el economista moldavo. Consideremos lo que sucedería si un estudioso del derecho en Moldavia escribiera algo acerca de un cambio en la ley de los contratos llevado a cabo por las cortes de aquel país. Asumamos, a los fines de reforzar este ejemplo, que el trabajo es de primer nivel. La primera cuestión a reconocer es que el trabajo realizado por este académico probablemente sólo sea de interés para estudiosos de la ley contractual moldava, incluyendo a los abogados litigantes. Pero es altamente improbable que la pieza sea de interés para estudiosos del derecho en otros países. La razón, simplemente, es que los estudiosos de derecho tienden a escribir artículos académicos sólo acerca de su propio sistema legal y para aquellos que actúan en el interior de ese sistema legal. Es como si el médico moldavo sólo escribiera acerca del diagnóstico y técnicas de tratamiento del cáncer de próstata dentro de Moldavia o como si el economista moldavo tuviera una teoría sólo aplicable al proceso de toma de decisiones en aquella República.

En pocas palabras, no existe una teoría aceptada de derecho aplicable a todos los sistemas legales y a la que acudan los estudiosos de derecho de todos los países para explicar instituciones particulares o reglas de sus propios sistemas.⁶⁶ Esto significa que, los académicos del dere-

⁶⁵ No queremos parecer exitistas acerca de la teoría económica. Hemos efectuado este retrato básico y ligeramente exagerado acerca de la universalidad de la teoría microeconómica, no para defender a la microeconomía *per se*, sino para notar que las ciencias sociales tienen una uniformidad transnacional comparable a la física, la biología y las ciencias naturales.

⁶⁶ Estamos seguros de que para los estudiosos europeos del derecho la teoría forma una parte importante de su empresa. Claro está que en muchas facultades de derecho de Europa los estudiantes toman cursos al comienzo de su carrera sobre "teoría general del derecho". Las dos teorías generales a las que adhieren los abogados continentales son el positivismo y el derecho natural. Somos reuentes a caracterizar estas visiones apresuradamente, pero, habiendo traído a colación el tema, sentimos la obligación de decir algo al respecto, aunque sea brevemente. Para el positivismo, el derecho se encuentra solamente en las leyes legítimas de la jurisdicción, en los estatutos puntualmente pasados por la legislatura. Para el derecho natural hay un cuerpo de leyes anterior, dado por la naturaleza, por la lógica y tal vez por Dios, al cual debe someterse el legislador terrenal. Hay profundas consecuencias prácticas de estas visiones competitivas, en especial en la forma de interpretar el derecho. Para nuestros propósitos, la observación más importante es que en estas teorías los desacuerdos deben ser resueltos apelando al argumento hipotético-deductivo y no al trabajo empírico. Éstas son disputas jurisprudenciales y filosóficas, que las hacen diferentes de la ciencia.

cho no intentan explicar las similitudes o las diferencias entre los sistemas legales, recurriendo a una única teoría central del derecho.⁶⁷

Esta observación nos lleva a preguntarnos “¿por qué debería existir una comunidad académica transnacional, es decir, un núcleo teórico compartido, procedimientos compartidos para establecer afirmaciones de importancia para la comunidad, y estándares compartidos para trabajar en las ciencias físicas, naturales y biológicas y en varias de las ciencias sociales pero no en el estudio académico del derecho?”. Ésta es una pregunta realmente amplia, una que podría ocupar a los académicos por un largo tiempo. No pretendemos intentar contestar esta pregunta aquí, pero tenemos la firme sospecha de que existen dos importantes puntos fundamentales que constituyen la parte central de la respuesta. Primero, los académicos del derecho han sido, hasta recientemente, altamente escépticos acerca de las grandes teorías y han rechazado en forma enfática las técnicas empíricas como un método estándar para resolver preguntas acerca de los problemas legales. Segundo, y relacionado con lo anterior, los académicos del derecho de los diversos países han estado relacionados de manera estrecha con cuestiones prácticas de la toma de decisiones sobre asuntos legales y, sólo en forma distante han mostrado interés en estudiar el sistema legal como una disciplina académica. Por supuesto, el entrenamiento de abogados practicantes ha representado una preocupación central para los académicos del derecho durante cientos de años, y esta preocupación exige que la enseñanza de las cuestiones prácticas del ejercicio profesional sea un punto central de la educación legal. Finalmente, creemos que aún cuando el estudio académico del derecho ha comenzado a parecerse más a una ciencia que en el pasado, nos encontramos en una etapa muy temprana de ese desarrollo, aunque los signos de una apariencia científica del estudio del derecho están volviéndose cada vez más evidentes.

⁶⁷ Adviértase que confiamos nuestra observación al hecho de que no existe una teoría compartida de derecho. No afirmamos que no existe una materia compartida entre los estudiosos del derecho, ni tampoco discutimos que exista una pluralidad de procedimientos para establecer proposiciones válidas en el derecho. Creemos, como ya hemos afirmado, que hay una materia de estudio compartida. Con respecto a los procedimientos de verificación, creemos, como desarrollaremos más adelante, que los estudiosos del derecho han ignorado las técnicas empíricas como un método para verificar proposiciones legales.

Hemos dicho que la explicación de las razones de la desconcertante ausencia de una teoría del derecho se encuentra fuera del alcance del presente trabajo. Pero queremos formular unas pequeñas observaciones más acerca de este problema. Primero, hemos encontrado que cuando discutimos con nuestros colegas acerca de la falta de teorización en el derecho, ellos a menudo señalan dos factores que hacen improbable la existencia de una teoría universal de derecho: (1) las vastas diferencias en el contexto cultural de cada sistema legal y (2) la naturaleza histórica o dependiente de cada circunstancia particular del desarrollo del derecho. No nos parece claro por qué estos puntos deberían necesariamente llevar a la ausencia de una teoría legal válida universalmente. Se podrían realizar, precisamente, las mismas afirmaciones acerca de la antropología, la sociología, la economía, la ciencia política o cualquier otra ciencia social: las sociedades son tan distintas entre sí que existen unos pocos elementos unificantes que pueden conformar el núcleo de una teoría universal.⁶⁸ Y aún así, académicos de aquellas y otras ciencias sociales han buscado y en algunos casos encontrado teorías que se aplican más allá de las fronteras nacionales. Y, como mínimo, académicos de aquellas áreas de la ciencia social donde no existe una teoría universal, igual comparten valores comunes con respecto a qué debería considerarse una investigación valiosa, y el valor de tales investigaciones casi siempre trasciende las fronteras nacionales.

El estudio del derecho, nuevamente, parece ser diferente de las otras disciplinas que estudian los acuerdos sociales. En principio, no existe razón alguna por la cual no se pueda articular una teoría que explique las diferencias o similitudes de los sistemas legales de acuerdo con factores tales como las diferencias en costos de los recursos, la tecnología, las preferencias sociales e individuales, y la historia de la sociedad (o sus tradiciones). Pero esa clase de trabajos son muy escasos, como evidencia de lo cual mencionamos el hecho de que no existe una teoría estándar, generalmente aceptada, de los cambios legales o de las diferencias en los sistemas jurídicos.

En segundo lugar, otra explicación que en ciertas ocasiones hemos escuchado para explicar la ausencia de teorización en el derecho, es que el

⁶⁸ Se podría hacer un planteo similar con respecto a las plantas y a los animales biológicos: flora y fauna son altamente localizadas, pero las mismas teorías y categorizaciones se aplican a todo tipo de plantas y animales, sin tener en cuenta en qué lugar del mundo ellos se encuentran.

estudio central de los académicos del derecho de cada país viene dado por las doctrinas y prácticas de la comunidad legal de ese país. Existen, creemos, dos elementos relacionados con esta afirmación. Una es la postura – que podemos comprender– que afirma que el foco del estudio académico del derecho se ha centrado por un muy largo tiempo en la enseñanza de la práctica legal. Esto es, que la enseñanza del derecho en casi todos los países, y particularmente en los EE. UU., ha estado al servicio de la práctica del derecho. Una buena parte de los trabajos más valiosos realizados por los “llamados” doctrinarios académicos se dirigía a encontrar patrones unificantes en los pronunciamientos de una misma jurisdicción respecto de alguna cuestión legal.⁶⁹ El hecho de que, como el juez Harry Edwards ha demostrado persuasivamente, existe una creciente desconexión entre la academia legal y la administración de justicia y la práctica del derecho es un fuerte testimonio del hecho de que, estrictamente hablando, este proceso de teorización del derecho ha comenzado hace poco.⁷⁰

La otra afirmación –con la que no estamos de acuerdo–, sostiene que los aspectos interesantes de cada sistema legal están constituidos por sus particularidades, no por sus generalidades. El abogado que practica la profesión bien puede necesitar conocer las particularidades de una doctrina en su jurisdicción para poder representar los intereses de su cliente de manera efectiva. Pero un académico del derecho, a menos que actúe como un asesor del abogado que practica la profesión, no tiene necesidad de conocer aquellas particularidades. Veamos una analogía que clarifique este punto. Así como hay economistas académicos que estudian amplias generalidades de la economía sin atender a particulares especificaciones de tiempo y lugar; también hay economistas que trabajan para bancos, organizaciones no gubernamentales y otras entidades cuyo foco central de interés en su vida profesional radica

⁶⁹ Considero a la ciencia como un estudio dentro de la doctrina académica en otra parte de este artículo.

⁷⁰ Véase Harry EDWARDS, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 “MICH L REV”, 34 (1992) (argumentando que los intereses de los académicos del derecho, de los practicantes y de los jueces son distintos, lo cual conduce a un cambio profundo en las relaciones entre la educación legal y la práctica del derecho), y los numerosos artículos y simposios a que dio lugar. Además, Dean Anthony KRONMAN, en *The Lost Lawyer* (1993), argumentó enérgicamente que el conocimiento práctico que ha caracterizado a los grandes abogados de medio siglo, fue abandonado a favor de un vulgar cientificismo que no es adecuado para el derecho. Véase además WRIGHT, R. George, *Whose Phronesis? Which Phronemoi? A Response to Dean Kronman on Law School Education*, 26 “CUMBERLAND L REV.” 817 (1995-1996).

en las particularidades de la economía en la que operan. Presumiblemente existe un núcleo teórico central y generalmente compartido que informa el entendimiento que estos economistas tienen de las particularidades relevantes a las que necesitan prestar atención. La relación de estos economistas con los economistas académicos es, sugerimos, como la relación que tiene el abogado que practica la profesión con los académicos del derecho.

Naturalmente debe haber más factores que expliquen esta situación. Se podría, por ejemplo, argumentar que exactamente los mismos factores señalados más arriba para explicar la ausencia de una teoría central podrían aplicarse a la fisiología o la medicina: las técnicas podrían ser enteramente locales, y el estudio científico del derecho podría ocupar un lugar menor con relación al entrenamiento de abogados que practiquen la profesión. Pero éste no parece ser el caso de aquellas otras disciplinas. En efecto, quienes pretenden enseñar, investigar o practicar la medicina, la economía o los negocios, frecuentemente vienen a los EE. UU. a estudiar antes de retornar a sus países de origen. Esto también ocurre con el derecho, pero de una manera menos extendida de lo que sucede con otras actividades académicas.

B. Trabajo empírico y experimental en el estudio del derecho

En la sección previa argumentamos que se constata la misteriosa carencia de una teoría central compartida más allá de las fronteras nacionales en el estudio académico del derecho, y que en su lugar, este estudio se concentra en particularidades contextuales. Pero hay más que decir respecto de nuestra indagación acerca de por qué el estudio del derecho no constituye aún una "ciencia legal" con relación a la cual podría otorgarse un premio Nobel. La segunda ausencia que salta a la vista del observador del estudio académico del derecho es la ausencia de trabajo empírico y experimental, al menos en comparación con otras disciplinas académicas que estudian fenómenos sociales. En esta sección, primero realizamos algunas consideraciones generales respecto del valor del trabajo empírico en el derecho.⁷¹ Argumentamos que aún cuando hubo una palpable y curiosa esca-

⁷¹ Nos referiremos de ahora en más solamente al trabajo "empírico", pero incluimos bajo esta denominación al trabajo experimental, cuyo valor para el estudio del derecho ha sido ilustrado poderosamente en la contribución de Randy PICKER en este *symposium* y en trabajos como el de KOROBKIN Russell B, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83-"CORNELL L. REV" 608 (1998).

sez de teorización en el derecho, hubo al menos –desde la época del realismo jurídico– una clara demanda dentro de la academia legal por la verificación o refutación empíricas de las proposiciones jurídicas. A continuación, ilustraremos este punto examinando tres estudios empíricos sobre importantes cuestiones legales. En parte, la razón por la que nos detenemos en estos estudios se encuentra en la intención de fortalecer nuestra afirmación general acerca de que el trabajo empírico constituye una parte absolutamente vital del desarrollo de una ciencia legal madura.

1- El valor del trabajo empírico en el estudio del derecho

Por un lado, uno podría argumentar que la carencia de trabajo empírico y experimental no es independiente de la carencia de una teoría central generalmente compartida en el estudio del derecho. Si una disciplina académica no incluyó la teoría como parte de su canon, entonces es improbable que tenga necesidad de técnicas de validación empírica de la misma. Pero el problema es más complicado que esto en el derecho.

Una disciplina no desarrolla típicamente un cuerpo empírico de literatura si la verificación empírica no constituye una parte importante de la misión de esa disciplina. Los estudios de filosofía y de literatura constituyen ejemplos importantes de disciplinas donde las técnicas empíricas no son muy relevantes o valoradas. Las proposiciones de los filósofos, por ejemplo, son en gran medida resueltas sólo por aplicación del método hipotético deductivo. Ningún filósofo efectúa un examen empírico cuidadoso de las conductas reales en distintas sociedades para establecer qué es correcto y bueno. Pero el derecho no es así: aunque la coherencia lógica de la doctrina es un elemento de vital importancia en el derecho, otro de los elementos importantes para los objetivos del derecho es su efectividad. Y es evidente el valor del trabajo empírico para establecer cómo responde la gente a las reglas y estándares legales. Así, mientras que la ausencia de una teoría puede explicar la inexistencia de un ferviente deseo por parte de los académicos de comprobar o refutar la teoría a través del trabajo empírico, entre quienes ejercen la profesión debería existir un profundo interés por la validación empírica.

La observación al final del último párrafo constituye el implícito “otro lado” de la cuestión. La misteriosa ausencia de una teoría central en

derecho, curiosamente, no llevó a la ausencia total del trabajo empírico en el derecho. En efecto, como demostraremos seguidamente, hasta los doctrinarios tenían un interés en el trabajo empírico y, en verdad, hacían algún trabajo de tipo empírico. La razón de este interés en el empirismo aún en la ausencia de una teoría central reside, creemos, en el patrón de desarrollo de la jurisprudencia americana del siglo XX.⁷² Cuando el formalismo legal cedió paso al realismo legal en las décadas del 30 y del 40, nació el deseo del trabajo empírico.

Un formalista legal no tiene razones particulares para valorar el trabajo empírico o experimental.⁷³ Como ocurre en los argumentos filosóficos, el test formalista de validación es el método hipotético deductivo. Las doctrinas deben ser coherentes dentro de un área de investigación particular y en las distintas disciplinas dentro del derecho. Presumiblemente, una vez que el formalista alcanza esa completa coherencia lógica, su labor ha terminado hasta tanto un golpe de azar perturba el sistema y luego retorna a un nuevo equilibrio coherente. Pero los realistas jurídicos encontraron esto estéril y prefirieron concentrarse en los efectos del derecho y en determinar qué es el derecho mediante, como lo expresara el Juez Holmes en su famosa frase, “una predicción de lo que decidirá una corte”.⁷⁴ Esta perspectiva del derecho involucra una inevitable tendencia hacia lo empírico. Para tomar el ejemplo más obvio, resulta necesario realizar una investigación sistemática de las decisiones de una corte para poder realizar una predicción precisa de cómo decidirá esa corte acerca de alguna cuestión en particular. Y para ampliar esta perspectiva, una vez que los realistas sugirieron que las consecuencias de una norma deberían formar parte de la evaluación del mérito de esa norma, resultó necesario hallar algún método para establecer cuáles son las consecuencias de una norma. Como resultado de éstos, y otros desarrollos de los últimos 60 años, el trabajo empírico se convirtió en una parte –aunque solamente una parte pequeña– del estudio académico del derecho.

⁷² DUXBURY, Neil, *Patterns of american jurisprudence*, 1995.

⁷³ Argumentamos más adelante que el retorno del formalismo legal debe ser distinguido del formalismo de fines del siglo XIX y los comienzos del siglo XX. El nuevo formalismo está estrechamente unido, creemos, al desarrollo de una teoría legal universal que, como hemos señalado, constituye un elemento muy importante del método científico.

⁷⁴ HOLMES, *The Path of the Law*, 10 “HARV. L. REV.”. 457, 460-61, 1890.

Este fundamento para la realización del trabajo empírico ha llevado, hasta hace poco, a realizar una clase particular de trabajo empírico. Gran parte del mismo ha sido descriptivo más que analítico, dirigido más a enumerar o clasificar que a explicar. Esto no debería generar sorpresa. Una disciplina que posee una teoría central emprende trabajos empíricos directamente relacionados con la necesidad de probar aspectos de aquella teoría. Como tal, ese trabajo empírico usualmente busca explicar alguna proposición derivada de la teoría central. También pueden utilizarse importantes descripciones y clasificaciones para echar luz sobre la materia de estudio de esa disciplina. Pero el poder explicativo del trabajo empírico tiene su máxima expresión en aquellas disciplinas en las que existe una teoría central.

Queremos dejar en claro que no es nuestro objetivo desmerecer algunos trabajos empíricos para exaltar otros. Más bien, pretendemos realizar una distinción entre los fines particulares que el trabajo empírico puede cumplir —descriptivo o analítico—. Y llamamos la atención sobre el hecho de que existe una correlación entre la clase de trabajo empírico que los miembros de una disciplina dada realizan y la cuestión de si esta disciplina posee una teoría central generalmente compartida. Ilustraremos estas proposiciones en la siguiente sección.

2- Tres ejemplos del trabajo empírico en el estudio del derecho

Hemos argumentado que al menos desde la revolución aparejada por el realismo jurídico, los académicos del derecho han comenzado a valorar el trabajo empírico y han realizado importantes trabajos de esta clase. También hemos afirmado que probablemente aquel trabajo empírico sea más bien descriptivo antes que analítico, en la medida en que no exista una teoría central compartida en el estudio del derecho. En esta sección intentaremos ilustrar estas proposiciones a través del examen de tres estudios empíricos de cuestiones legales.

a.- "Promissory Estoppel" y la teoría contractual

Uno de los temas que pretendemos sondear en este artículo es que siempre ha existido un elemento de investigación científica en el estudio académico del derecho. Y que, además, como en las otras ciencias natura-

les y sociales, también ha existido una realimentación de la observación empírica, a la teoría, y a nuevas observaciones empíricas. Esto es, un académico comienza por someter una teoría predominante a confirmación empírica, descubre que la investigación empírica, después de todo, no confirma la teoría, y entonces revisa la teoría a la luz de las observaciones. Algún otro académico puede después emprender un trabajo empírico para confirmar la teoría revisada. Esta descripción prototípica de la manera como la ciencia procede, puede no ser aplicable a todo el estudio académico del derecho, pero por largo tiempo ha existido sorprendentemente una corriente importante de este tipo de estudios en el derecho.

A fin de ilustrar esta tendencia científica en el derecho, consideraremos brevemente dos importantes artículos sobre *promissory estoppel*: uno escrito por el Profesor Stanley Henderson⁷⁵ y otro escrito por los Profesores Daniel A Farber y John H. Matheson.⁷⁶

La teoría por la cual una Corte puede acordar fuerza ejecutoria a una promesa contractual sobre la base del "*promissory estoppel*" es, y ha sido largamente conocida.⁷⁷ El entendimiento común de esta doctrina es que constituye una de las dos bases de la fuerza obligatoria de los contratos. La base más común para sostener la fuerza obligatoria de un contrato es la existencia de prestaciones recíprocas en el contexto de un intercambio de promesas. Se considera que, sólo en raras ocasiones, la razonable confianza de una parte en el cumplimiento de una promesa efectuada por otra parte puede constituir un fundamento para otorgar fuerza obligatoria al contrato.⁷⁸

A fines de los años sesenta el Profesor Henderson realizó un relevamiento de cada caso ocurrido en los EE. UU. en el transcurso de una década, en los que el demandante fundó su petición en el *promissory estoppel* regulado en la sección 90. Aquel relevamiento empírico lo llevó a pregun-

⁷⁵ HENDERSON, Stanley D., *Promissory Estoppel and the Traditional Contract Doctrine*, 78 "YALE L.J." 343 (1969).

⁷⁶ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the Invisible Handshake*-52 "U:CHI I.REV." 903 (1985).

⁷⁷ Ver RESTATEMENT (Second) OF CONTRACTS 90: (1981) "Una promesa por la cual el que promete debería razonablemente esperar que inducirá una acción o una abstención por parte de quien recibe la promesa o de una tercera persona y aquel que efectivamente induce a una acción o abstención, está obligado si la injusticia sólo puede evitarse cumpliendo la promesa. El remedio que se otorgue por el cumplimiento puede ser limitado si la justicia lo requiere".

⁷⁸ FARBER, Daniel A. y MATHESON, John H., op. cit., pág. 945.

tarse si, y de ser así en qué casos, las cortes estaban acordando fuerza obligatoria a promesas contractuales sobre la base de la teoría del “*promissory estoppel*”, fundado en el daño originado por la razonable confianza de quien había recibido la promesa. En primer lugar, le llamó la atención que los tribunales no hubieran “encontrado, en la Sección 90, una base independiente para el principio de la confianza depositada ínsito en el ‘*promissory estoppel*’”.⁷⁹ Más bien, los tribunales tenían tal apego al intercambio de promesas como fundamento para acordarles fuerza obligatoria, que buscaron llevar el principio de la confianza depositada en el promitente, al ámbito del intercambio de promesas, en vez de sostener que ese principio era una base independiente para acordar fuerza obligatoria a éstas.⁸⁰ Por ejemplo, “el haber actuado en virtud de la confianza depositada se entiende comúnmente como un medio que permite establecer los motivos que inciden en el intercambio de promesas”.⁸¹ Esta tendencia, luego, llevó a erigir a la confianza depositada como uno de los supuestos para exigir el cumplimiento de un contrato: “La confianza, bajo esta perspectiva, funciona no como una base independiente para exigir el cumplimiento, sino como un medio para identificar otra razón por la cual cabe acordar fuerza obligatoria.”⁸²

Segundo, el relevamiento de casos relacionados con el “*promissory estoppel*” realizado el Profesor Henderson mostraba que en cada uno de ellos, las partes habían realizado una negociación o intercambio comercial.⁸³ Esto es particularmente sorprendente, a la luz de los orígenes de la doctrina del “*promissory estoppel*” y de las supuestas premisas de obligatoriedad de promesas que se han intercambiado. Los estudiosos del derecho de los contratos relacionan la doctrina del daño originado en la confianza razonablemente depositada en otra parte con situaciones en las que se

⁷⁹ HENDERSON, Stanley D., op. cit., pág. 346

⁸⁰ HENDERSON, Stanley D., op. cit., pág. 346 y ss.

⁸¹ HENDERSON, Stanley D., op. cit., pág. 348.

⁸² HENDERSON, Stanley D., op. cit.

⁸³ HENDERSON, Stanley D., op. cit., pág. 352. El profesor Henderson señala que hubo cien decisiones en su relevamiento en las que “el *promissory estoppel* era considerado como el fundamento de una decisión en el contexto de una clara negociación”. Más ampliamente observa que en una tercera parte de esos casos el *promissory estoppel* fue la única base para la ejecución. El profesor Henderson está sosteniendo que el *default* método de alegación en los años 60 había comenzado a asertar, una acción de ejecución contractual, sobre ambas una teoría de consideración y de *promissory estoppel* simultáneamente, “empujando las mismas alegaciones en soporte de ambas teorías”.

realizan promesas en forma unilateral, como en el famoso caso de *Hamer vs Sidway*⁸⁴ –circunstancias, generalmente en las que la otra parte no había efectuado una promesa de contaprestación–. En cambio, se pensaba que no resultaba necesario ampliar los fundamentos de la obligatoriedad de los contratos cuando había un intercambio de promesas, porque en tales casos, la reciprocidad de promesas de contaprestación resultaba suficiente para fundar la obligatoriedad. A la luz de estas proposiciones generalmente aceptadas, la conclusión del Profesor Henderson de que el “*promissory estoppel*” se encontraba invariablemente relacionado con un convenio comercial o una negociación resulta desconcertante.

Es característico del tiempo en que el Profesor Henderson escribió este artículo, que, luego de haber realizado estos significativos descubrimientos acerca del uso del “*promissory estoppel*” en la práctica, fue renuente a extraer grandes conclusiones teóricas sobre la base de sus hallazgos empíricos:

Dadas las grandes diferencias fácticas entre los casos de la Sección 90, cualquier intento de descartar los problemas que acarrea la confianza depositada utilizando una simple fórmula resulta arriesgado porque ninguna fórmula podría ser lo suficientemente amplia para dar una respuesta satisfactoria a cada caso. Pero el mayor impacto causado por el “*promissory estoppel*” en los años recientes puede consistir en que haya vuelto la cuestión de la clasificación y definición menos importante para la decisión de los casos sobre contratos.⁸⁵

El Profesor Henderson nota que se estaba gestando un cambio a través de la “silenciosa manipulación de etiquetas conocida”.⁸⁶

Dieciséis años después de la investigación del Profesor Henderson los profesores Farber y Matheson condujeron un nuevo relevamiento de acciones en las que los demandantes fundaron su pretensión en el “*promissory estoppel*”.⁸⁷ Sus hallazgos fueron aún más lejos que los del Profesor Henderson. Farber y Matheson, evaluaron cada caso en el cual la Sección 90 de cada uno de los *Restatements* había sido citada en más de 200 casos, en los 10 años anteriores a su artículo. Extrajeron cuatro con-

⁸⁴ 27 NE.256 (1891).

⁸⁵ HENDERSON, Stanley D., op. cit., pág. 387.

⁸⁶ HENDERSON, Stanley D., op. cit.

⁸⁷ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit.

clusiones importantes. Primero, “el *promissory estoppel* se utiliza regularmente en contextos comerciales” –es decir en casos que involucraban licitaciones de construcciones, compensaciones para empleados, contratos de alquiler, compra de acciones y cuestiones semejantes–.⁸⁸

Segundo, “el ‘*promissory estoppel*’ ya no constituye una teoría subsidiaria para reclamar una indemnización”.⁸⁹ Es decir, los tribunales se encuentran suficientemente familiarizados con la doctrina como para aplicarla virtualmente a cualquier disputa contractual. Esta conclusión contradice, por supuesto, lo afirmado en los libros de casos sobre contratos, en cuanto a que el “*promissory estoppel*” es inapropiado o innecesario en casos en que existen promesas recíprocas de contraprestación. Pero es evidente que el derecho en acción es diferente del derecho desarrollado en los libros.

Tercero, “la confianza depositada juega un rol pequeño en la determinación del remedio judicial”.⁹⁰ Esto, tal vez, no resulta sorprendente. El primer *Restatement* había afirmado que la parte inocente tenía derecho a recibir una reparación completa aún si el fundamento por el que se otorgaba ejecutoriedad era el del daño causado en virtud de la confianza razonablemente depositada.⁹¹ Pero en algunos casos posteriores se había resuelto que la reparación sólo abarcaba los gastos efectuados en virtud de la confianza depositada, y el segundo *Restatement* aparentemente había reconocido esta línea jurisprudencial, afirmando que solo correspondía una compensación parcial, antes que una compensación completa.⁹²

En cuarto lugar, y en la opinión de los autores, la conclusión más importante era que la confianza depositada ya no era relevante para establecer la responsabilidad contractual bajo la Sección 90.⁹³ Más bien, los tribunales están evidentemente dispuestos a fundamentar la responsabilidad en otros factores distintos del daño ocasionado por la confianza depositada en la otra parte.⁹⁴

⁸⁸ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 907.

⁸⁹ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 908.

⁹⁰ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 909.

⁹¹ RESTATEMENT OF CONTRACTS & 90 (1932).

⁹² RESTATEMENT OF CONTRACTS & 90 cmt. b (1981).

⁹³ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 910.

⁹⁴ Farber y Matheson brindan un extenso análisis de *Vastoler & American Can Co*, 700 F2d 916 (3ra. Cir 1983) como un ejemplo de esta proposición. Véase FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 910-12.

Habíamos señalado más arriba que el Profesor Henderson había sido renuente a trasladar sus hallazgos empíricos en una explícita reformulación de la teoría de la obligatoriedad de los contratos. Como una señal importante de cuánto habían cambiado las cosas en los estudios académicos de derecho hacia mediados de los 80, los profesores Farber y Matheson utilizaron sus hallazgos empíricos para realizar una profunda revisión de la teoría de la obligatoriedad de los contratos.

Estos autores destacan la existencia de dos factores que caracterizan a los casos en que se asignó carácter obligatorio a las promesas. Primero, “la primera motivación que lleva al promitente a realizar una promesa es típicamente la obtención de un beneficio económico”.⁹⁵ Segundo, “las promesas a las que se acuerda fuerza ejecutoria generalmente tienen lugar en el contexto de una relación que transcurre, o se espera que transcurra, en el contexto de transacciones separadas y sin conexión entre ellas.”⁹⁶ Farber y Matheson sostienen que este tipo de contratos se han vuelto más comunes y que ellos requieren que las partes depositen un alto grado de confianza en el otro. Los compromisos se adquieren, entonces, para “promover actividad económica y obtener beneficios económicos sin que exista un específico intercambio de contraprestaciones”.⁹⁷ Esto los llevó a delinear una hipotética sección 71 sobre “Ejecutabilidad de las Promesas” para el Tercer *Restatement* de la ley de Contratos: “Una promesa es exigible cuando fue realizada con el fin de promover una actividad económica”.⁹⁸ Esto constituye una dramática revisión de la teoría tradicional de los contratos, elaborada para tomar en cuenta los hallazgos empíricos: “la regla propuesta implica un importante apartamiento del tradicional derecho de los contratos, pues no requiere la presencia de las nociones tradicionales de reciprocidad de las promesas ni la demostración específica de perjuicios que se asocian al *promissory estoppel*”.⁹⁹ Farber y Matheson argumentan que esta teoría no sólo concuerda con las decisiones de los tribunales, sino que también se adecua a la necesidad creciente de confianza mutua en una sociedad compleja e impersonal.¹⁰⁰

⁹⁵ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 925.

⁹⁶ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit.

⁹⁷ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 929.

⁹⁸ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 930-31.

⁹⁹ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 929.

¹⁰⁰ FARBER, Daniel A y MATHESON, John H., op. cit., pág. 937-38.

b.- La regla del perjuicio irreparable

Para nuestro segundo ejemplo, consideraremos otra conclusión importante en la consideración empírica de las doctrinas en materia de contratos: el estudio del Profesor Douglas Laycock sobre la regla del perjuicio irreparable.¹⁰¹ La regla sostiene que un tribunal aplicará remedios de equidad sólo en las instancias extremadamente raras en las que los remedios legales –el pago de daños compensatorios– resultan inadecuados.¹⁰² Para la teoría de que la gran mayoría de los demandantes que han sufrido algún daño, pueden obtener una reparación mediante el pago de una suma de dinero, los remedios legales constituyen el remedio más común. Por ejemplo, en el derecho de los contratos existe una vasta literatura que afirma la proposición de que la compensación monetaria resulta adecuada en casi todos los supuestos de incumplimiento contractual y que la reparación a través de la ejecución forzada de la obligación asumida se reserva para casos relativamente excepcionales de incumplimiento.¹⁰³

El Profesor Laycock relevó más de 1.400 casos a fin de determinar si en los hechos los tribunales se atenían a esta teoría de los remedios legales. Su hallazgo fue que, en efecto, no lo hacen pero con una interesante excepción: los tribunales otorgan remedios de equidad sólo en aquellos supuestos en los que la compensación monetaria resultaría inadecuada, pero casi siempre consideran que tal compensación resultará inadecuada.¹⁰⁴

Un aspecto destacable de los hallazgos de Laycock es que no han sido refutados seriamente por ningún académico y, aún así, éstos parecen no haber surtido demasiado efecto sobre la actividad académica o la práctica profesional del derecho. Como mínimo, se podría esperar que el descubrimiento de que ya no es de aplicación la regla del perjuicio irreparable sea recogida en los libros de casos o manuales de práctica profesional, indicando los estudiosos de derecho que pueden esperar que las decisio-

¹⁰¹ LAYCOCK, Douglas, *The death of the irreparable injury rule* (1991).

¹⁰² LAYCOCK, Douglas, op. cit. pág. 4. Véase también FARNSWORTH ALLAN E, *Contracts* 854 (1990).

¹⁰³ Hay un argumento teórico para la proposición invertida –es decir que la *performance* específico-debería ser el remedio del incumplimiento contractual. Véase ULEN, *The Efficiency of Specific Performance Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 84, "MICH.L.REV." 341-365-66 (1984) y Alan SCHWARTZ, *The Case for Specific Performance*, 271,271 "Yale L.J." (1980).

¹⁰⁴ LAYCOCK, Douglas, op. cit. pág. 4. "Las Cortes han escapado a la regla del perjuicio irreparable para definir adecuadamente en dicho espacio que los daños nunca son un sustituto adecuado para una demanda perdida".

nes judiciales obliguen a cumplir la obligación asumida, en vez de conceder sólo una compensación monetaria. Pero este cambio no ha tenido lugar en la enseñanza del derecho.

c.- *El Teorema de Coase y las normas sociales*

Como tercer ejemplo del valor del trabajo empírico en el estudio del derecho, citamos el destacado trabajo del Profesor Robert Ellickson del teorema de Coase en acción.¹⁰⁵ Este estudio representa, de manera tan convincente como los dos ejemplos previos, la importancia de someter a verificación empírica las proposiciones legales. Pero que el valor agregado radica en que el trabajo empírico se refiere al artículo central de las escuelas de análisis económico del derecho.

Se puede decir, sin exageración, que el análisis económico del derecho se origina principalmente en un artículo, "El problema del costo social" de Ronald A. Coase.¹⁰⁶ Este artículo incluye, tal vez, la afirmación teórica más significativa que se haya realizado en el estudio moderno del derecho, esto es, el teorema de Coase.¹⁰⁷ Este teorema sostiene que cuando los costos de transacción son nulos o muy bajos, la negociación puede llevar al uso eficiente de los recursos, independientemente de lo que la ley disponga. Las implicaciones de este teorema con respecto al análisis legal resultan profundas en dos sentidos. Primero, el teorema sugiere que puede existir un conjunto de circunstancias bajo las cuales, si la eficiencia constituye un objetivo del derecho, la eficiencia se logra sin ninguna ayuda del derecho (y en consecuencia, podría verse obstaculizada o volverse más costosa en el supuesto de que la norma sea ineficiente). Segundo, cuando los costos de transacción son altos, la obtención de una eficiente asignación de recursos dependerá, crucialmente, de las normas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ELICKSON, Robert, *Of Coase and Cattle: Dispute Revolution among Neighbors in Shasta County*, 38 "STAN. L REV" 623 (1986). Véase además ELICKSON, Robert, *Order without law: how neighbors settle disputes* (1991).

¹⁰⁶ Ronald H. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 "JL & ECON" I (1960)

¹⁰⁷ Digo que el artículo puede contener el Teorema porque el artículo no contiene declaración conocida como el teorema de Coase. Como algún texto sagrado, hay un gran cantidad de actividad interpretativa acerca de "El Problema del Costo Social". Ver por ejemplo *The Coase Theorem* en el *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 270-82 (Peter Newman ed, 1998). Para una declaración más amplia del teorema y un sumario de la subsiguiente literatura académica, véase COOTER, Robert. D y ULEN, Thomas, *Law and Economics* (3d ed. 1999), pág. 83-93.

¹⁰⁸ COOTER, Robert. D y ULEN, Thomas, *Law and Economics* (3rd ed. 1999), pág. 101-02.

Durante años, los estudiosos del análisis económico del derecho examinaron y criticaron el teorema de Coase principalmente a través de la argumentación deductiva. Después, durante la década del 80 hubo dos importantes intentos de someter el teorema de Coase a confirmación a través de técnicas empíricas y experimentales. En el primero de estos intentos, el Profesor Robert Ellickson examinó las prácticas de los ganaderos y agricultores del condado de Shasta, California, con relación a los daños causados por el ganado.¹⁰⁹ Los hallazgos de Ellickson, en los que nos concentraremos en lo que resta de esta sección, no sólo no confirmaron las predicciones del Teorema de Coase, sino que, como veremos, dieron lugar al surgimiento de una nueva e importante área de estudios académicos. En el segundo intento, la entonces Profesora, y ahora Presidente Elizabeth Hoffman, y el entonces Profesor, ahora Decano, Matthew Spitzer condujeron una serie de experimentos diseñados para determinar en qué medida se constataba la existencia de negociación en supuestos de costos de transacción nulos.¹¹⁰ A grandes rasgos, estos experimentos confirmaron las predicciones del teorema de Coase.

Ellickson decidió investigar las prácticas de los productores ganaderos y agrícolas del Condado de Shasta, California, para ver si era el derecho o el acuerdo privado el método por el cual las partes resolvían sus diferencias por los perjuicios causados a los agricultores por el ganado. El daño típico ocurría cuando, durante los meses de verano, los ganaderos conducían sus rebaños hacia el pie de las montañas de Sierra Nevada a fin de que el ganado se alimentara en áreas comunes; en algunos casos animales sueltos ingresaban a las tierras de los agricultores, u otra propiedad privada aún cuando no perteneciera a los agricultores. El teorema de Coase había utilizado un famoso ejemplo hipotético similar en el que el ganado se descarriaba sobre campos de cereales vecinos y causaba daño, con el fin de ilustrar que cuando los costos de transacción eran nulos, el ganadero y el agricultor intentarían negociar el uso de sus propiedades, sin que importara si el agricultor tenía derecho a que su propiedad se mantuviera libre de invasiones y daños o si el ganadero tenía la

¹⁰⁹ ELLICKSON, *Dispute Resolution*, op. cit.

¹¹⁰ HOFFMAN Elizabeth y SPIZER, Matthew I., *Experimental Law and Economics: An Introducción*, 85, "COLUMBIAN REV", 991 (1985). Hoffman es ahora Presidente de la Universidad de Colorado y Spitzer es Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de California.

obligación legal de vigilar su ganado. Shasta County era un lugar particularmente apto para verificar el teorema de Coase, justamente porque la ley que regulaba la responsabilidad del dueño del ganado no vigilado, por los daños causados variaba en las diversas jurisdicciones del condado.¹¹¹

Por un lado, Ellickson encontró evidencia que confirmaba el teorema de Coase en cuanto a que las prácticas de los ganaderos con relación a los animales extraviados eran las mismas en toda la jurisdicción, con independencia de las obligaciones legales que pesaran sobre ellos.¹¹² Esto es, los arreglos privados entre los potenciales disputantes prevalecían sobre las reglas jurídicas.

Pero a Ellickson le resultó aún más sorprendente, el hecho que los potenciales disputantes no parecían estar al tanto de que disponían de normas vigentes con relación a obligaciones legales de los dueños de ganado extraviado; en efecto, los abogados que practicaban la profesión en la jurisdicción de Shasta no conocían, o estaban equivocados, respecto de las normas vigentes en la materia. Aparentemente, los ganaderos y otros en la jurisdicción no ajustaban sus conductas a la ley vigente, sino a una ampliamente respetada norma social de "buena vecindad".¹¹³ La norma establecía que los buenos vecinos no se demandaban el uno al otro sino que se ayudaban entre sí. Así, si un agricultor encontraba ganado extraviado dentro de su hacienda, no llamaba a su abogado para iniciar una acción por daños. En cambio, el agricultor típicamente llamaba al propietario del ganado, le informaba que tenía su ganado y lo alimentaría y le daría refugio hasta que el ganadero acudiera a recogerlo. Si el ganado extraviado había causado algún daño, era típico que la persona que había sufrido ese daño se hiciera cargo del mismo y nunca reclamaba una indemnización. En algunos casos, pasaban semanas hasta que el ganadero recogía su ganado. Y aún así, casi ninguno de los que habían refugiado el ganado ajeno, independientemente de si lo había hecho por un largo o un corto tiempo, reclamaba al dueño del ganado una compensación por ello.

¹¹¹ ELLICKSON, *Dispute Resolution*, op. cit. pág. 662-67.

¹¹² ELLICKSON, *Dispute Resolution*, op. cit. págs 672-73. Una sorpresa adicional para más lectores del famoso estudio de Ellickson era que este manejo privado ocurre a pesar del hecho de que los costos transaccionales de negociación entre los ganaderos y otros no eran ciertamente cero y debería haber sido sustancial.

¹¹³ ELLICKSON, *Dispute Resolution*, op. cit.

De existir un litigio respecto del daño causado o respecto de la compensación por haber alimentado y protegido el ganado extraviado, una de las partes litigantes era, casi invariablemente, un recién llegado al condado o un residente de largo tiempo al que sus vecinos consideran intratable, un mal vecino. El hecho de consultar a un abogado con relación a estos problemas o presentar una demanda por ellos era interpretado como un quiebre de la norma social de "buena vecindad". La consecuencia era que en una relación normal entre los ganaderos y agricultores, los vecinos no recurrían a la ley para ordenar sus asuntos y resolver disputas. Acudían a normas sociales compartidas. Y sólo acudían a las normas jurídicas en casos de quiebre de las normas sociales.¹¹⁴

Lo que resulta llamativo acerca de este de trabajo empírico es que reveló mucha información acerca de los fenómenos legales involucrados, gran parte de los cuales originalmente no constituían objeto de investigación. En efecto, el artículo de Ellickson se ha convertido en una parte esencial del análisis económico del derecho no por la cuestión que se proponía dilucidar - si el teorema de Coase se aplicaba en un contexto particular en California-sino por los hallazgos derivados de aquéllos: que la gente que se encuentra claramente sujeta al cumplimiento de normas jurídicas puede buscar conformar su práctica a normas sociales antes que al derecho aplicable. La literatura sobre el derecho y las normas sociales que el estudio de Ellickson generó constituye una de las corrientes más significativas recientemente surgidas en el estudio académico del derecho.¹¹⁵ Nos cuesta pensar en algún ejemplo más consistente para dar testimonio acerca del valor que posee el trabajo empírico.

C. El futuro de la ciencia del derecho

Hemos realizado numerosas afirmaciones en las secciones precedentes, y conviene consolidarlas aquí a fin de especular acerca del futuro

¹¹⁴ Entre las muchas interesantes líneas de investigación abiertas por el artículo de Ellickson estaban las investigaciones dentro de las prácticas de organizaciones particulares para ver la extensión por las cuales ellos ordenaron sus asuntos para apelar a las normas o al derecho. Véase Lisa BERSTEIN, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 211. "LEGAL STUD" 115 (1992). Una importante pregunta suscitada por Berstein y otros -tal como Jody Kraus- es si el derecho es un complemento o un sustituto de las normas sociales.

¹¹⁵ POSNER, Eric, *Law and social norms* (2000). McADAMS, Richard H, *Signaling Discount Rates Law, Norms and Economic Methodolog*, 110 "YALE L.J 625" (2001).

de la ciencia jurídica. Hemos argumentado en primer lugar, que el método científico utilizado por una comunidad de académicos que investigan sobre una misma materia de estudio consiste en un núcleo teórico generalmente aceptado, que resulta relevante para explicar y predecir la materia de estudio, y en procedimientos generalmente aceptados para investigar los fenómenos y para confirmar y refutar afirmaciones realizadas con relación a la materia de estudio. Seguidamente demostramos, en nuestro fugaz relevamiento de la filosofía de la ciencia, que entendemos que la perspectiva bayesiana de la aceptación o conformación está generalmente aceptada y se ajusta a la descripción de lo que hacen los académicos del derecho, o lo que podrían hacer. Después en esa misma sección mostramos que la diferencia entre el estudio del derecho y el estudio de las ciencias es la ausencia de una teoría central común. Sin embargo, se ha desarrollado, por lo menos a partir de los años 30, entre los estudiosos de derecho norteamericanos, un interés por el trabajo empírico, aunque en gran parte descriptivo más que analítico.

Creemos que es posible distinguir en el actual estudio académico del derecho una tendencia hacia un método más científico comparable al que predomina en las otras ciencias sociales, naturales, físicas y biológicas.¹¹⁶ Si estamos en lo correcto, entonces debería ser posible observar el comienzo de la elaboración de una teoría central acerca de la materia de estudio del derecho, así como intentos por emprender trabajos analíticos cada vez más de carácter empírico diseñados para establecer la verdad de las hipótesis acerca de cuestiones jurídicas derivados de esa teoría central. Pensamos que ambas tendencias son, de hecho, claramente identificables en el estudio académico del derecho.

Comencemos con un argumento acerca de la teoría. Ésta pareciera encontrarse presente de una manera más evidente de lo que se encontraba, digamos, unos 20 años atrás. Probablemente el responsable más obvio sea la corriente del análisis económico del derecho. Independientemente de las de-

¹¹⁶ Otros han discernido una similar inclinación en el estudio académico del derecho. Por ejemplo, Richard Posner, (argumentando que la independencia del derecho desde otras contiguas disciplinas era el final y que largamente el estudio académico del derecho consiste en adoptar las herramientas de aquellas contiguas disciplinas para examinar los problemas legales remarcados favorablemente sobre una temprana manifestación de algunas de las direcciones que nosotros identificamos y discutimos aquí).

más cuestiones que hayan abordado, los académicos que adhieren a esta perspectiva han explorado asiduamente el sistema legal con el objeto de determinar hasta qué punto el derecho es eficiente. También han articulado una teoría comprensiva –tanto positiva como normativa–, que afirma que, por ejemplo, las reglas y estándares de derechos reales deberían (y en gran parte lo hacen) promover el uso eficiente de los recursos escasos por parte de las sociedades; que el derecho de los contratos debería (y en gran parte lo hace) disminuir eficientemente los costos de transacción derivados de la elaboración y concreción de acuerdos consensuales; que el derecho de daños debería (y en gran parte lo hace) minimizar eficientemente los costos sociales de los accidentes y que los potenciales litigantes deberían (y en gran parte lo hacen) elegir eficientemente entre el arreglo extrajudicial y el litigio.¹¹⁷ Éstas mismas herramientas –análisis microeconómico de los procesos de toma de decisiones respecto de cuestiones jurídicas, partiendo de la presunción de que las personas involucradas en ese proceso actúan racionalmente –ha sido también extendido a áreas de derecho público, el derecho de las sociedades,¹¹⁸ el derecho penal,¹¹⁹ el derecho de quiebras¹²⁰ y el derecho de familia¹²¹–.

Por cierto no sostenemos aquí que la aplicación de la teoría microeconómica necesariamente convierte al estudio del derecho en una ciencia. Más bien, simplemente resaltamos la gran atracción y los éxitos de este particular método de aplicar una teoría comprensiva en el estudio del derecho como evidencia del aumento en el nivel de teorización por parte de los académicos del derecho. Se podrían fácilmente señalar otras teorías comprensivas que han aparecido dentro del estudio académico del derecho, aún si ellas todavía no florecen. La corriente denominada “teorías críticas”, por ejemplo, tiene la misma meta de lograr un abordaje teórico comprensivo del derecho en forma semejante a la corriente del “análisis económico del derecho”.¹²² Del mismo modo, la co-

¹¹⁷ COOTER, Robert. D. y ULEN, Thomas, *Law and Economics* (3d ed. 1999), págs. 99-102, 228-29, 370-71, 484-87.

¹¹⁸ EASTERBROOK, Frank y FISCHEL, Daniel, *The economic structure of corporate law* (1991).

¹¹⁹ COOTER, Robert. D. y ULEN, Thomas, *Law and Economics* (3d ed. 1999), págs. 506-32, GARRY y BECKER, *Crime and Punishment: an Economic Analysis*, 78, “POL. ECON”, 526 (1967).

¹²⁰ JACKSON, Thomas, *The logic and limits of bankruptcy law* (1986).

¹²¹ BRINING, Margaret, F., *From contract to covenant* (2000).

¹²² KELMAN, Mark, *A guide to critical legal studies* (1987); BALKIN, Jack, *Cultural software* (1987). Algo en el interior de la comunidad de CLS debería disputar nuestra caracterización de sus subdisciplinas como interesadas en la teorización del estudio del derecho. En su lugar, ellos podrían evidenciar

riente denominada “contractualismo”, que postula las ventajas de entender el derecho, preguntándose acerca de la aptitud de los contratos privados para entender muchas interacciones sociales, podría ser vista como un intento de proponer una teoría central del derecho con consecuencias empíricas.¹²³ También se podría argumentar que la corriente de “*Law and Society*” está llegando a la meta de suministrar una teoría central del derecho, utilizando el trabajo empírico para examinar las consecuencias reales del derecho en acción.¹²⁴

Otro ejemplo de teorización central en el derecho que puede ilustrar otro posible desarrollo en el estudio académico, es en el ámbito del derecho de sociedades contractuales, donde tan sólo existían unos pocos modelos a seguir en cuanto a cómo organizar asociaciones de negocios y asuntos relacionados con ellas. Por ejemplo, el modelo estándar en los EE.UU. –en el que la sociedad comercial es vista como un nexo entre contratos y elementos de derecho de sociedades que persiguen la maximización de la riqueza de los accionistas–, siempre se consideró adecuada para los objetivos de la sociedad norteamericana y sus normas legales y no tan evidentemente adecuada para otras sociedades. Otros teóricos del derecho de las sociedades comerciales generalmente se concentran en dos alternativas –los modelos japonés y alemán –y demostraban que aquellas formas de sociedad comercial también son particularmente adecuadas para esas sociedades.¹²⁵

Sin embargo, recientemente se ha afirmado que se ha constatado una convergencia hacia el modelo norteamericano en sistemas legales diferentes entre sí¹²⁶. Las razones de esta convergencia son muchas y poderosas –por

un profundo escepticismo acerca de la teoría *per se*. Algunos modernos filósofos comparten aquel escepticismo de la teoría, prefiriendo lo pragmático, limitado y con consideraciones menos generales de la teoría comprensiva. Véase RORTY, Richard, *op.cit.*

¹²³ BARNET, Randy, *The structure of liberty* (1998).

¹²⁴ Uno de los más famosos artículos en esta línea es el de Stewart MACAUDAY, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28, “AM. SOC. REV.” 55 (1963). Además de ofrecer una bien desarrollada teoría de contratos, Macauday examinó cómo las asociaciones de negocios que estaban en la relación contractual actualmente negociaron con alguna otra. Él encontró que la gente de negocios tiende a ignorar la carta negra del contrato y a confiar en lugar de eso en métodos informales de resolver algún problema que provenga de sus relaciones.

¹²⁵ ROE, Mark J., *Some Differences in Company Structure in Germany, Japan and the United States*, 102, “YALE LJ 1927” (1993)., véase además del mismo autor, *Can Culture Constrain the Economic Model of Corporate Law?*, 69, “U CHI, I. REV, 1251” (2002).

¹²⁶ HASNMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier, *The End of History for Corporate Law*, GEO.L.J. 439 (2001). Ver también Ronald J. WILSON, *Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function* (Columbia Law School Center for Law and Economics Working Paper N° 174, 2000); Bernard

ejemplo razones de competencia global transnacional- y exceden el objeto del presente trabajo. Aun así, para nuestros propósitos un aspecto destacable de esta convergencia, si es que de hecho se da tal convergencia, es que podría ser visto como uno de los primeros ejemplos de un desarrollo teórico, con consenso general que excede las fronteras de un solo país. Esto es, podría decirse que el viejo argumento, a saber, que las características particulares de algún aspecto de un sistema legal nacional, como la organización de las sociedades comerciales, provienen de procesos históricamente determinados y de imperativos culturales propios de cada sistema legal-, puede haber cedido el lugar a un argumento culturalmente no específico.¹²⁷ En esta instancia los fuertes argumentos teóricos de los cultores del análisis económico del derecho aplicado a las sociedades comerciales acerca de la eficiencia superior del modelo norteamericano de maximización de la riqueza de los accionistas pudo haber acarreado la consecuencia práctica de determinar que diferentes sistemas legales adoptaran el modelo americano, con independencia de la existencia de otras diferencias en sus sistemas legales nacionales.¹²⁸

Sugerimos que el grado en que el derecho se convierta en una "ciencia jurídica" depende de su capacidad para volverse más sofisticado teóricamente. Cuando se llegue al "milenio" de la ciencia jurídica, este

BLACK y Reinier KRAAKMAN, *A Self-Enforcing Model of Corporate Law*, 109, "HARV. I. REV.", 1911 (1996); JOHN C. COFFE, Jr., *The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications*, 93, "NW. U.L. REV." 641 (1999). Para la visión de que hay un límite inviolable de la convergencia, véase Lucien A. BEBCHUK y Marc J. ROC, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance* 52 "STAN. L. REV." 127 (1999). Un reciente intento de tener en cuenta las diferencias culturales en una teoría unificada del gobierno corporativo es Anier N. LICHTM *The Mother of All Path Dependencies: Toward a Cross Cultural Theory of Corporate Governance Systems* -"DEL. J. Corp. L." 147 (2001).

¹²⁷ BLACK, Bernard y KRAAKMAN, Reinier, op. cit. págs. 1296 y ss. son particularmente sensibles a esta distinción. Sin embargo, argumentan -en gran medida con base en el modelo de una teoría central de la microeconomía aplicada a diferentes economías particulares, desarrollado antes- que un modelo general de organización empresarial puede ayudar a explicar por qué puede haber un régimen legal de las sociedades comerciales en diferentes países. Por ejemplo, su artículo argumenta a favor de un sistema de derecho de las sociedades comerciales que se autorregule, para Rusia, como opuesto a un sistema de regulación pública. Entre las razones para preferir un sistema autorregulado en Rusia se encuentra el hecho de que hay tradición débil de ejecución judicial de las normas y razones coyunturales para no exigir la publicidad de la información societaria, lo cual parece constituir un elemento muy importante en el derecho norteamericano de las sociedades comerciales.

¹²⁸ Esperamos que resulte obvio que *no* estamos argumentando a favor del análisis económico como LA teoría universal para cualquier área del derecho, ni tampoco argumentamos que el modelo norteamericano de organización empresarial es necesariamente el método más eficiente para organizar grandes empresas.

núcleo teórico será ampliamente compartido por todos los académicos del derecho de todos los países. No afirmamos que sólo habrá una única teoría aceptada por todos los académicos del derecho, sino, más bien, que existirán varias teorías alternativas y que los académicos se esmerarán para persuadir a sus colegas de que su teoría particular es superior a las otras alternativas. Ese proceso es, por supuesto, precisamente, el que caracteriza a buena parte de las ciencias naturales, físicas y biológicas. Y como argumentamos en la Parte III. D, es probable que el proceso de confirmación bayesiano sea uno de los que caracteriza esta batalla entre teorías alternativas para la explicación de fenómenos legales.

Existe otro aspecto de esta teorización del derecho que nos sentimos obligados a señalar. Se trata del hecho de que el incremento en la teorización del derecho no será seguramente de carácter jurisprudencial. Por "jurisprudencial" nos referimos a teorías legales que son filosóficas y que poseen la característica de que cuando existen conflictos entre teorías jurisprudenciales alternativas, ellos sólo pueden ser resueltos por medio de la argumentación hipotética deductiva. Nuestra sensación es que la teorización del derecho que está ocurriendo y que, probablemente, continúe y se expanda, es teorización positiva y normativa acerca de los efectos de las reglas y estándares legales sobre el comportamiento y otros fenómenos reales, esto es, acerca de las consecuencias del derecho.

Si estamos en lo correcto al afirmar que cierta clase de teorización se está volviendo cada vez más común entre los académicos del derecho, entonces creemos también que existe otra consecuencia importante para el futuro de la ciencia jurídica: el incremento en el empleo de los métodos empírico y experimental para examinar los fenómenos legales. Hablando en general, esta podría ser una consecuencia perfectamente obvia de la teorización en el estudio académico del derecho: toda ciencia posee un núcleo teórico central y un componente empírico; si el derecho se vuelve más teórico en el sentido que nosotros afirmamos que se está volviendo, entonces debe, ineludiblemente, volverse también más empírico.

Nuestra predicción de que un incremento en la teorización aparejará un incremento del empirismo, de hecho, se demuestra en modelos observables de estudio académico del derecho. Sabemos que ha habido un incremento de trabajos teóricos en el derecho, al menos en el ámbito

influido por la economía.¹²⁹ Y si estamos en lo cierto al creer que el estudio del derecho se está volviendo más científico en cuanto a su teorización central, entonces, debería observarse también un intervalo de crecimiento en la cantidad de trabajos empíricos publicados por los académicos del derecho. Y, en efecto, existe evidencia de que este fenómeno del incremento del trabajo empírico entre académicos ya se encuentra en marcha. El Profesor Robert Ellickson realizó recientemente un estudio estadístico de tendencias recientes en el estudio académico del derecho, y encontró lo siguiente.¹³⁰

Índice de la frecuencia de referencias 1994-96=1.000					
	1982-84	1985-87	1988-90	1991-93	1994-96
Empíricas:					
Empírico	95	96	86	92	100
Cuantitativo	86	100	92	97	100
Utilización de estadística	55	75	72	83	100

Con respecto a los abordajes empíricos y sociológicos del estudio del derecho, Ellickson encontró que durante el período 1994 a 1996 hubo seis veces más referencias a lo empírico que a la teoría postmoderna, lo cual entiende que es un indicador de escepticismo respecto del trabajo empírico. Sin embargo, encontró que sus índices de trabajo empírico y cuantitativo fueron constantes entre 1982 y 1996. Pero los índices de los términos estadísticos y significativos se duplicaron en ese mismo período. Concluye entonces, que “los datos de la tabla 4, entonces, indican que profesores y estudiosos del derecho han comenzado a inclinarse más a producir (aunque no a consumir) análisis cuantitativos”.¹³¹

En la sección anterior acerca del rol de la teoría del derecho en el estudio del derecho, exploramos brevemente las razones por las que no debería haber un núcleo teórico central transnacional en el derecho. Po-

¹²⁹ LANDER, William y POSNER, Richard A, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, 36 “J.L & ECON”, 385,387 (1993).

¹³⁰ ELLICKSON, Robert, *Trends in Legal Scholarship. A Statistical Study*, 29 “J LEGAL STUD.” 517, 528-29 tbl4 (2000). Ellickson hizo una exploración en *Westlaw* de todos los documentos que contenían determinadas frases clave, indicativas del estilo de estudio del derecho de tales documentos.

¹³¹ ELLICKSON, Robert, *Trends in Legal Scholarship. A Statistical Study*, op. cit. pág. 528.

dríamos también, especular sobre las razones por las que existe tan poco trabajo empírico en derecho.¹³² Una razón obvia es que ha habido escaso trabajo teórico que pudiera estimular una demanda de trabajos empíricos. La teoría que ha existido con relación al derecho ha sido en gran parte teoría que podía ser objetada y completamente refutada por el uso de la argumentación deductiva. Es sólo desde el tiempo de los realistas legales y sus afirmaciones sobre la predictibilidad y la consecuencias de las leyes que ha surgido la necesidad de salir del método hipotético-deductivo como modo de resolver controversias. La corriente "Derecho y Sociedad", que, desafortunadamente, sólo ha despertado la adhesión y el interés de un limitado porcentaje de académicos¹³³ se ha concentrado por largo tiempo en estudios empíricos de temas legales y ha producido trabajos de gran influencia. Pero ha sido sólo a través del surgimiento de teorías más comprensivas como la corriente del "análisis económico del derecho", la del "contractualismo", y la "teoría crítica", que se ha logrado conectar estrechamente el estudio empírico del derecho y la evaluación de resultados teóricos, como sucede en otras ciencias.¹³⁴ Seguramente una razón adicio-

¹³² Recientemente ha habido una gran cantidad de trabajos académicos sobre el realismo jurídico. De esos trabajos, nos ha sido de gran provecho el de John Henry SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995) y estamos agradecidos a Michael Heise por habernoslo hecho conocer. El trabajo de Schlegel es un cuidadoso estudio de un destacado grupo de académicos, en su mayoría de *Columbia Law School* y *Yale Law School* luego de la Primera Guerra Mundial, que procuraron crear una ciencia del derecho empírica en ciencia del derecho "langdeliana" (la cual, a su vez, había intentado pasar de una ciencia del derecho basada en el derecho natural, que buscaba el derecho empleando argumentos formales, a una ciencia empírica que extraía el derecho de las sentencias judiciales). Para apreciar la conexión entre nuestra investigación y la del profesor Schlegel, véase la pregunta que formula al comienzo de su maravilloso trabajo: "¿Por qué el derecho no se convirtió a un estudio científico en el sentido que se daba en el siglo XX a la ciencia como una investigación empírica en el "mundo exterior", como ocurrió con las demás disciplinas en la vida académica norteamericana que se formaron a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX?" Schlegel, John Henry, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995). También sobre los realistas legales, véase Morton J. HOROWITZ, *The transformation of American law, 1870-1960, The crisis of legal orthodoxy* (1992), Laura KALMAN, *Legal realism, in YALE, 1927-1960* (1986). Sobre la gran pregunta más amplia de por qué, desde el tiempo del realismo jurídico, ha habido relativamente escasa investigación empírica en el derecho, véase Peter SCHUCK, *Why don't Law Professors Do More Empirical Research?* 39 "J. LEGAL EDUC" 323 (1989) y *Symposium: Social Science in Legal Education*, 35 "J. LEGAL EDUC:465" (1985).

¹³³ Véase DUXBURY, op. cit. pág. 454.

¹³⁴ Recientemente el Dr. William Meadow y el Profesor Cass R. Sunstein han argumentado a favor de los estudios estadísticos en lugar de expertos testigos para resolver ciertas preguntas reales en disputas legales. Véase William MEADOW y Cass R. SUNSTEIN, *Statistics, Not Experts*, John M. OLIN, *Law & Economics Working Paper N° 109, 2d Series* (University of Chicago School of Law, noviembre 2000). El sistema legal debería contar mucho más ahora con la evidencia estadística

nal que explica por qué los académicos del derecho no han emprendido trabajos empíricos es que no son expertos en esto. La investigación social de carácter empírico es, después de todo, un campo complejo especial de la investigación académica, que, hasta hace poco, los abogados no han tenido razones, ni oportunidad de explorar. El número de cursos en las facultades de derecho dedicados a entrenar a los estudiantes para entender y realizar trabajo empírico cuantitativo o trabajo experimental debe ser muy, pero muy escaso; pero no nulo. Y aquellos que, como nosotros, acogen e incentivan el trabajo empírico y experimental en el estudio del derecho de alguna manera se las han arreglado para obtener un entrenamiento adecuado en esas técnicas. Así como hemos argumentado que la teorización del derecho se encuentra en una etapa temprana de desarrollo, también debe ser cierto que el empirismo y la experimentación como técnicas estándares en el estudio del derecho atraviesan una etapa temprana de aceptación y desarrollo.

V. Conclusión

Comencé esta investigación diciendo que dentro del estado del estudio académico del derecho había una pregunta retórica: "¿Puede haber un Premio *Nobel* en Ciencia del Derecho?" Ahora estoy en condiciones de sintetizar este argumento y conjeturar una respuesta.

Hemos visto que una ciencia o una disciplina académica que sigue el método científico tiene las siguientes características generales: un acuerdo acerca del contenido de la materia de estudio, considerada desde una perspectiva teórica central compartida con muchos estándares ampliamente aceptados y procesos para evaluar (confirmando o refutando) proposiciones teóricas o descripciones acerca de la materia de estudio. Los científicos en un área dada parecen compartir un paradigma o un entendimiento normal de su disciplina. Una importante característica de las ciencias en las cuales se otorgan los Premios *Nobel* es que los científicos en aquellas disciplinas entienden y valoran el trabajo de otros sin tener en cuenta el país en el cual ellos están llevando a cabo sus investigaciones científicas.

y deberían ser cautos acerca de los juicios de expertos. El problema específico que ellos abordan es el uso de la información para examinar la referida *performance* de los doctores, más bien que la opinión de los expertos sobre la referida *performance* ejecutadas "nuestra larga demanda es que por usar la información estadística, el sistema legal logrará mucho más que precisos resultados."

A primera vista, he argumentado que el estudio académico del derecho no es una ciencia y no sigue el método científico especialmente en el sentido de tener una teoría central compartida que trasciende las fronteras nacionales y que permite que los estudios sobre cuestiones legales de un país sean de interés para los estudiosos de otra jurisdicción. El estudio académico del derecho parece, más bien, altamente contextualizado y en buena medida de interés sólo local. La razón central para esto, según creo, es que no hay aún una teoría central del derecho compartida por todos los académicos del derecho, cualquiera sea el país en el cual se encuentran. He argumentado por analogía con la medicina y la economía que no existen razones particularmente convincentes para que los académicos del derecho carezcan de una teoría central compartida y se dediquen a temas que solo resultan de interés dentro de una jurisdicción. Finalmente planteamos el enigma de por qué razón el estudio académico del derecho sólo ha comenzado recientemente a desarrollar la clase de teoría central que caracteriza a las ciencias naturales y sociales.

A pesar de la carencia de una teoría central compartida entre académicos del derecho, creo que desde hace tiempo existe interés por el trabajo empírico en los estudiosos del derecho. En efecto, los primeros doctrinarios, como Christopher Columbus Langdell, creían que su método de leer las opiniones judiciales como maneras de discernir la doctrina central dentro de un área del derecho y en una jurisdicción en particular implicaba una investigación empírica que seguía un método científico. Y quienes adscribían al realismo jurídico al concentrarse, en parte, en las consecuencias sociales del derecho y al alegar que el derecho se proponía predecir cómo un tribunal decidiría un caso particular llevo a plantearse la necesidad de mirar las consecuencias de cualquier regla legal o estándar o de investigar sistemáticamente los *holdings* de una tribunal en especial a fin de poder predecir con mejor precisión de que manera ese tribunal resolvería un caso particular sometido a su decisión. Pero curiosamente, los realistas jurídicos nunca realizaron demasiados trabajos empíricos pese a que sus premisas centrales parecieron llevarlos en aquella dirección.

Creo que hay un claro cambio en desarrollo en el estudio académico del derecho, que está haciéndolo más parecido a una ciencia. Para ser breve, mientras hace veinte o más años los estudiosos del derecho orientaban

sus trabajos principalmente a la práctica de los profesionales del derecho y de los jueces, hoy estos estudiosos que a menudo escriben para otros estudiosos, están trabajando en la misma área.¹³⁵ Este cambio alinea al estudio académico del derecho dentro de la posición con otros estudios académicos de la academia. Los químicos universitarios, por ejemplo, investigan y escriben artículos cuyos principales destinatarios son otros químicos universitarios. Si sucede que un químico industrial o comercial encuentra que la investigación es interesante, esto es un valor añadido, pero no es algo buscado por el químico investigador. De manera similar un profesor universitario de inglés escribe sus trabajos principalmente para otros estudiosos del idioma, y no para el público en general. En realidad, una forma común de crítica al trabajo académico consiste en sugerir que estaba dirigido no a otros especialistas sino a una audiencia "popular". Entonces, si un profesor de inglés escribe un relato sobre un crimen, ese trabajo no tiene valor alguno para su prestigio como académico. Por el contrario, la autoría de ese relato bien puede disminuir su prestigio en el ámbito académico.

Precisamente lo mismo puede ocurrir en el estudio académico del derecho. Hace veinte años el prestigio y el reconocimiento académico se vinculaban con aquellos estudiosos del derecho cuyo trabajo tenía una influencia discernible en el ámbito judicial o de la profesión legal. Esto era verdad aún

¹³⁵ El juez Posner sostiene que una explicación para este creciente apartamiento de la práctica legal hacia la academia (y el correlativo incremento en el número de teorías legales) radica en el significativo aumento en el número de profesores de derecho, un aumento que tuvo lugar debido al aumento en la demanda de servicios legales y, en consecuencia, el aumento en la demanda de educación legal. Véase *Frontiers of Legal Theory* (2001). No estoy necesariamente de acuerdo con esa posición. Primero, quiero distinguir, como lo he tratado de hacer en este trabajo, entre el florecimiento de teorías jurisprudenciales (en las que, según creo, se concentra el juez Posner en su Introducción) y la teoría legal que necesariamente lleva a la realización de trabajo empírico o experimental para su confirmación. Quiero subrayar la aparición de esta última clase de teorías. En segundo lugar, aún si ha habido un aumento dramático en el requerimiento de servicios legales (el número de abogados se duplicó entre mediados de los años '70 y mediados de los años '80 en los EE. UU.) y, por lo tanto, un aumento en el número de profesores de derecho, no creo que exista una razón necesaria para que este instrumento lleve a un cambio en el estilo de los estudios de derecho. ¿Por qué tal incremento no llevó simplemente, a una mayor cantidad del mismo tipo de trabajos doctrinarios que eran característicos de los estudios académicos de derecho previos a 1980?

Mi sensación —para la cual, debo señalar, en el espíritu de este artículo, carezco de evidencia empírica, aunque estoy en camino de obtenerla— es que el incremento de la teorización y el énfasis académico que se advierte en los trabajos jurídicos se deben a factores internos que tienen que ver con la historia de los estudios académicos del derecho y con el hecho de que la educación legal se desarrolle en universidades importantes que realizan investigación, pero no en fuerzas externas o provenientes del mercado de servicios jurídicos.

cuando el efecto fuera indirecto, como en el caso de los autores de libros de casos y tratados de amplia utilización. Durante de los últimos veinte años o más, las fuentes de prestigio académico en los estudiosos del derecho han cambiado. El prestigio que antes proporcionaba el reconocimiento por parte de quienes ejercen la profesión ya no es valioso y, como resultado ya no es tan buscado. En cambio, hoy la fuente de prestigio entre los estudiosos del derecho es la estima de sus colegas. Procuran esa estima de maneras diferentes a aquellas que prevalecían cuando la estima de los profesionales del derecho era el objetivo más destacable entre los académicos del derecho.

Otra indicación del cambio de la naturaleza cambiante de la academia legal es el hecho de quienes poseen más de un título, aquellos con un título de abogado y otro título, usualmente un doctorado en una disciplina relacionada se encuentran entre los más buscados para ingresar al ámbito académico. Aún otro indicador de la naturaleza cambiante de las cosas es el hecho de que no es más obligatorio, como lo era, digamos hace veinte años, que un nuevo profesor asistente en derecho tuviera alguna experiencia práctica antes de ingresar al ámbito académico.

Si estoy en lo correcto de que hay una transición en el estudio académico del derecho, entonces podemos esperar confiados en que se produjeron fracturas y protestas, los intereses académicos comienzan a estar no menos arraigados en la academia de lo que están aquellos intereses especiales que tanto se esfuerzan por influir en la vida pública. En efecto, un ingenioso sostiene que "la ciencia avanza funeral tras funeral"¹³⁶. No hay una razón para creer que la transición del derecho desde un estudio ordenado, pero de desarrollo azaroso hacia una ciencia completa, con una teoría central compartida que sugiere pruebas empíricas para confirmar o refutar hipótesis derivadas de esa teoría, será menos controvertida que el pasaje desde un viejo a un nuevo paradigma científico como fue notablemente explorado por Thomas Kuhn.¹³⁷ Pero son muchos los beneficios que podrían obtenerse de un pasaje exitoso bajo este nuevo

¹³⁶ Nuestro agradecimiento al Profesor Paul Rubin de *Emory University* por esta observación.

¹³⁷ Edward O. Wilson ha argumentado persuasivamente in *Consilience* que el progreso en una gran cantidad de disciplinas no consideradas científicas, ocurrirá solamente cuando aquellos con conocimiento en esas disciplinas adopten el método científico de investigación dentro de su objeto de estudio. Un alegato en tal sentido en un área de estudio académico que no se consideraba científica -la historia humana- ha sido hecho recientemente por el Profesor Jared Diamond. DIAMOND, Jared, *Guns, germs and steel: the fates of human societies*, pág. 420-25 (1997).

método de estudio académico del derecho. Para tomar un ejemplo, la posibilidad de que académicos del derecho de distintos lugares del mundo compartan una teoría central del derecho y puedan por lo tanto escribir trabajos que tengan un destinatario universal y expanda los horizontes de los interesados en encontrar nuevos modos de comprender y métodos para mejorar la condición humana, es verdaderamente maravilloso.

Apéndice: los premios Nobel

Alfred Nobel, un noruego, inventó la dinamita en 1866 y llegó a ganar una fortuna, produciendo esa y otros productos químicos. Aparentemente Nobel sintió algo de remordimiento por haber acumulado tanta riqueza proveyendo elementos de destrucción y procuró remediar esto hacia el final de su vida.¹³⁸ El 27 de noviembre de 1895, firmó en el club Sueco Noruego en París su última voluntad y testamento por el cual estableció la Fundación Nobel y estipuló que se otorgarían anualmente premios como reconocimientos al mérito alcanzado en asuntos internacionales y disciplinas académicas relacionadas. Había cinco áreas mencionadas en el testamento de Nobel: Paz, Literatura, Fisiología o Medicina, Física y Química. Un premio –el de Economía– al que nos referimos en breve, fue agregado después de que los primeros premios fueron otorgados en 1901. Los ganadores de los Premios se han anunciado todos los otoños durante cien años. Observadores atentos consideran que estos premios son el mayor logro que una persona puede alcanzar en áreas de especialización.¹³⁹

El testamento de Nobel establece que varios cuerpos diferentes cumplirán las funciones de hacer las nominaciones y adjudicar los premios¹⁴⁰ por ejemplo, los comités salidos de la real Academia Sueca de

¹³⁸ Véase FELDMAN, Burton, *The Nobel prize: a history of genius, controversy and prestige*, pág. 36 (2000).

¹³⁹ Hay, por supuesto, muchos otros prestigiosos premios y medallas otorgadas alrededor del mundo. Por ejemplo, el Premio *Wolfeden* para los matemáticos. Por ejemplo, Andrew Wiles ganó el premio por su comprobación del último teorema de Fermat (véase STING, Simon, *Fermat's last theorem* (1997). El gobierno alemán otorga el Premio *Leibnitz* en una variedad de disciplinas, incluyendo el derecho, y la *American Economics Association* otorga desde 1947 la medalla *John Bates Clark* cada dos años al economista más destacado menor de 40 años. Y el *Templeton Prize for Progress in Religion* ofrece una suma de dinero que su instituyente estableció deliberadamente para que exceda el valor monetario de los Premios Nobel. Véase <http://www.templetonprize.org>. Para esta descripción y otras alabanzas, véase *World dictionary of awards and prizes* (1979). Véase además *Awards honors & prizes*, (19 ed, 2001).

¹⁴⁰ *Awards honors & prizes*, op. cit. Véase además el sitio oficial web de los Premios Nobel, <http://www.nobel.se/> (última modificación el 20 de febrero de 2002).

Ciencias adjudican los premios de Física, Química y Literatura, y el Instituto *Karolinska* en Estocolmo concede los premios de Filosofía y Medicina. El Premio de la Paz es discernido por un comité de cinco personas, elegidas por el Parlamento Noruego, para la persona que durante el año anterior "haya trabajado por el más grande beneficio de la humanidad"¹⁴¹. El Comité no deberá considerar la raza o nacionalidad, de modo que "quienes tengan más mérito lo reciban, sean escandinavos o no".¹⁴²

En los cien años de los premios Nobel sólo fue establecido un premio adicional.¹⁴³ En 1968 el Banco Real de Suecia, nombra un comité de Selección del Premio de Economía con cinco u ocho personas. Este Comité estudia el trabajo de los candidatos más importantes.¹⁴⁴

Entonces el Comité de Premios presenta su informe a la clase de ciencias sociales de la Real Academia Sueca de Ciencias. El Banco Real otorgó el Primer Premio de Economía en 1969 a Ragnar Frisch y Jan Tinbergen.¹⁴⁵

El proceso de nominación funciona de la siguiente manera.¹⁴⁶ Los comités de selección envían cada año invitaciones para nominar a miles de personas –expertos independientes, profesores universitarios, miem-

¹⁴¹ Ver el sitio oficial de la Fundación Nobel: *The Nobel Prize*, en <http://www.nobel.se/peace/index/html> (última modificación 10 de mayo del 2001).

¹⁴² Los mismos criterios generales sobre la irrelevancia de la raza y nacionalidad de los potenciales premiados y de que éstos sean los de mayor mérito en el mundo, se aplican también a los demás premios.

¹⁴³ Es digno de hacer notar (y tal vez sea llamativo) que, aunque hubo cambios destacables en otras disciplinas académicas además de la economía, no se instituyeron otros premios Nobel. Considérese, por ejemplo que la biología molecular, la *genómica*, y la química física no existían hace 100 años cuando lanzaron los premios por categoría. Sin embargo, la Academia ha podido reconocer estos descubrimientos sorprendentes dentro de los límites de las categorías previstas en el testamento de Nobel, sin tener que establecer nuevas categorías.

¹⁴⁴ NASAR, Sylvia, *A beautiful mind*, págs. 356-73 (1998) para una discusión del proceso de nominación del premio Nobel de economía.

¹⁴⁵ Una lista de los ganadores del Premio en Memoria de Nobel de Economía continuó hasta el otoño de 2001, y las razones citadas pueden encontrarse en <http://www.cooterulen.com/miscellaneous.htm>// Nobel Prizes winners. Es importante notar que algunos autores creen que no debería haber un premio Nobel en Economía. Véase FELDMAN, op. cit, págs. 329, 346 a 348 y 352 a 355, quien argumenta que la economía no es todavía tan claramente científica, como las otras disciplinas académicas por las que se otorgan los Premios Nobel. "Los premios para la ciencia natural son raramente otorgados a los teóricos hasta que sus teorías han sobrevivido al contacto de la observación y el experimento".

¹⁴⁶ Ver *The Official Web Site of the Noble Foudantion: Nomination and Selection of teh Nobel Lauretes*, <http://www.nobel.se/literature/nomination/index.html>. (última modificación el 18 de diciembre de 2001).

bros de academias nacionales e internacionales entre otros- pidiendo que propongan nominaciones para cada premio a otorgar el siguiente año.¹⁴⁷

Las nominaciones deben llegar al comité pertinente antes del 1° de febrero del año en el cual se va a otorgar el premio. El Comité solicita la ayuda de expertos extremos para evaluar las nominaciones, y prepara un informe para la institución que otorgará el premio. Entonces, los miembros de aquellas instituciones eligen por votación a los premiados. Todos los elegidos con excepción del de la Paz, reciben sus premios en el *Concert Hall* en Estocolmo, Suecia, el 10 de diciembre. El seleccionado para el Premio Nobel de la Paz recibe su distinción el mismo día en el *City Hall* en Oslo, Noruega. Aparte los premios son otorgados generalmente a sólo dos personas; desde 1968 los estatutos de la Fundación Nobel han restringido el otorgamiento de los premios a no más de tres personas. Desde 1974 el Premio puede ser otorgado a una persona fallecida sólo si ésta fue seleccionada para recibirlo el mes de octubre anterior, pero muere antes de la ceremonia de entrega de los premios el 10 de diciembre en Estocolmo.¹⁴⁸

Los ganadores reciben una medalla, un diploma y una suma de dinero, la cual hasta hace relativamente poco estaba exenta del impuesto a las ganancias de los EE. UU. pero ahora esta sujeta a impuesto.¹⁴⁹ La suma total disponible a través de la Fundación Nobel para todos los que recibieron el premio en 2000 fueron de nueve millones de coronas suecas.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Este extracto de las Regulaciones Especiales que rigen otorgamiento del Premio Nobel de Literatura. ver [http:// www.nobel.sc/literature](http://www.nobel.sc/literature), indicando quiénes son las personas que pueden proponer nominaciones: "El derecho de nominar candidatos para la competencia de premios corresponderá a los miembros de la Academia Sueca y de otras academias, instituciones y sociedades similares a ellas en su constitución y propósitos, por profesores de literatura y lingüística de las universidades y colegios universitarios; por quienes hayan obtenido el Premio Nobel de Literatura con anterioridad y por presidentes de aquellas sociedades de autores que son representativas de la producción literaria en sus respectivos países".

¹⁴⁸ La ceremonia se realiza el día que se recuerda el fallecimiento de Alfred Nobel de un ataque al corazón en su hogar en San Remo, Italia, el 10 de diciembre de 1896.

¹⁴⁹ 26 U.S.C. & 74 (2000).

¹⁵⁰ Esto es aproximadamente \$ 971.000 al 3 de abril de 2002.