

## ¿Importa la ley? La respuesta de un juez al movimiento de la escuela crítica del Derecho\*

ALVIN B. RUBIN\*\*

¿Se tiene en cuenta la ley? Ésa es una de las preguntas que plantean los estudios críticos del Derecho y es un tema que me gustaría discutir desde mi propia perspectiva.

Y la perspectiva afecta el juicio. Como ejemplo, déjenme contarles una historia que escuché por primera vez del decano Robert Pitofsky. Un periodista de TV estaba entrevistando a Ken, alias “la Víbora”, Stabler, uno de los primeros inconformistas de la NFL, quien solía ser mariscal de campo para los *Oakland Riders* y los *New Orleans Saints*. El entrevistador leyó este fragmento de Jack London: “Preferiría ser cenizas antes que polvo. Preferiría que mi llama quemara brillante a que fuera sofocada. Preferiría ser una fantástica estrella fugaz que un planeta permanente pero inmóvil.”

Luego le preguntó: ¿qué mensaje te parece que London quería transmitir?

“Lánzala lejos”.

Déjenme lanzarla lejos al brindarles la visión de un juez en sí. Cuando escribimos nuestros fallos, las reglas en las que decimos basarnos son el verdadero fundamento de nuestro análisis o meros artilugios verbales para decisiones ya tomadas, basadas en nuestras elecciones políticas, sociales o culturales. Una parte de la doctrina de la escuela crítica del

\* Publicado originalmente en inglés como RUBIN, Alvin, “Does Law. A Judge’s Response to the Critical Legal Studies Movement”. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Cecilia Garibotti, estudiante de la Facultad de Derecho de la UBA.

\*\* Terminó su carrera de leyes en la Universidad del Estado de Luisiana en 1942. Fue juez de distrito de dicho Estado (1966-1977). Desde el 8 de octubre de 1977 fue juez del Quinto Tribunal de Apelación en Estados Unidos.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

Derecho mantiene que lo que llamamos "Derecho" no es más que un puñado de reglas legales, algunas de las cuales son diametralmente opuestas a otras. Por razones completamente subjetivas, los jueces deciden qué resultado quieren, y después seleccionan el grupo de reglas que parece proveerles un fundamento racional para su elección.

Entonces, de acuerdo a esta visión, el Derecho es tan sólo una amplia y conflictiva variedad de racionalizaciones estilizadas entre las cuales las cortes eligen. En cualquier caso interesante, piensan, cualquier abogado o abogada razonablemente bueno puede llegar al resultado que él o ella desee, cualquiera sea éste.

Me gustaría examinar esta tesis y explicar el proceso de toma de decisiones en una corte intermedia de apelaciones federal. Mis conclusiones son que los principios legales realmente funcionan como fuente del Derecho, los jueces los siguen y deciden todos, excepto una mínima fracción de los casos que se les presentan, de acuerdo con lo que ellos perciben que son las reglas legales dominantes. Lo que los jueces pueden o deben hacer cuando no hay un grupo de leyes preponderantes o cuando seguir fielmente la ley lleva a lo que ellos consideran como un desvío de la justicia es un tema serio, pero que dejaré para otro día.

Disraeli dijo: "Es muy peligroso intentar resolver abruptamente una diferencia en dos frentes". De modo que voy a intentar saltar la separación entre los críticos y los positivistas de una vez. Los críticos: o no saben lo que las cortes hacen, o eligen ignorar los casos típicos a favor de los atípicos. Basan su visión sobre lo que hacen los jueces mediante el análisis de un número relativamente pequeño de casos. El profesor Mark Tushnet, que ha escrito artículos sobre los estudios críticos del Derecho, y que es escéptico acerca de las reglas, intenta demostrar que "en un sistema razonablemente bien desarrollado de reglas legales, abogados talentosos pueden elaborar argumentos, aun respetando las premisas del sistema, que apoyen tanto un resultado como su opuesto, y esos argumentos satisfarían la necesidad de mantener coherencia interna y consistencia con respecto a decisiones anteriores".<sup>1</sup> Tushnet ilustra su tesis analizando la decisión de la Corte Suprema en "Bordenkircher vs.

<sup>1</sup> TUSHNET, Mark & Jennifer, JAFF, "Critical Legal Studies and Criminal Procedure", 35 Cath. U. I. Rev. 361, 361 (1986)

Hayes”,<sup>2</sup> un caso que involucraba la acción de un fiscal quien, para inducir al acusado a declarar su culpabilidad y aceptar una condena de cinco años, lo amenazó con pedirle al *Grand Jury* que lo juzgara como a un criminal habitual a menos que se declarara culpable. El acusado insistió en no declararse culpable. El fiscal, entonces, obtuvo la interdicción de criminal habitual y fue condenado y sentenciado a cadena perpetua.<sup>3</sup> El tema frente a la Corte Suprema fue determinar si la actitud del fiscal se produjo en represalia del ejercicio del acusado de su derecho a juicio y, en tal caso, determinar si ello afectaba el debido proceso.<sup>4</sup>

Este caso es, patentemente, atípico. Dicha atipicidad se demuestra en que fue seleccionado por la Corte Suprema para consideración en un *writ of certiorari*, cosa que se hace en tan sólo el tres por ciento de los casos en los que se busca un *writ favorable*. Como el profesor Vincent Blasi ha escrito: “Casi ninguna de las disputas que llegan a la Corte Suprema son casos fáciles. La mayoría de ellos conciernen a asuntos para los cuales las fuentes de autoridad legal –el texto constitucional, el significado original, la evolución de la costumbre y la jurisprudencia– no señalan una respuesta determinada”.<sup>5</sup> Además, el hecho de que el caso no estuviera realmente resuelto por la jurisprudencia se demuestra por dos hechos: el caso se resolvió por una decisión tomada por 5-4 y ni el voto de la mayoría ni el de la disidencia sugirió volver sobre una decisión anterior.

Los críticos dicen analizar el método y no el resultado. Pero a los litigantes les interesa el resultado. Los que pierden nunca disfrutan una decisión judicial, no importa cuan erudita sea, pero a los que ganan siempre les parece maravillosa. Un prisionero que recibió un fallo favorable una vez me escribió: “aunque estoy consciente de que su excelencia se encuentra extremadamente ocupado, he de mantener que sería insensible e infame si yo fuera a tratar con negligencia la iniciativa de felicitarlo por su incuestionable buen juicio, su buena percepción, su pru-

<sup>2</sup> 434 U.S. 357 (1978).

<sup>3</sup> *Íd.*, pp. 358-359

<sup>4</sup> *Íd.*, p. 358.

<sup>5</sup> BLASI, Vincent, “Praise for the Court’s Unpredictability”, en *The New York Times*, 16 de julio 1986 (Sec. A).

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

dencia, y la inexhausta medida y discreción a la que ha apelado para revisar los hechos y el caso en cuestión (...) Usted es uno en un millón. Ciertamente lo es. Son individuos similares a usted, porque no hay ninguno idéntico, los que hacen la vida para la gente pobre de nuestro país soportable."

Me alegro informales que le mandó una copia de la carta al Presidente. Desgraciadamente, para mis aspiraciones a la Corte Suprema, se trataba de Ronald Reagan.

Los realistas y los críticos concentran su análisis en casos como *Bordenkircher*, que son inusuales, innegablemente excepcionales.

Si a cualquier catedrático o politólogo se le pide que nombre las decisiones de la Corte Suprema más importantes de los últimos 40 años incluiría "*Gideon vs. Wainwright*",<sup>6</sup> que le asegura a un acusado el derecho a un abogado, "*Brown vs. Board of education*",<sup>7</sup> que elimina la segregación racial en las escuelas públicas, "*Miranda vs. Arizona*",<sup>8</sup> que requiere que la policía le informe a un acusado sus derechos, "*Reynolds vs. Sims*",<sup>9</sup> que aseguran igual voz para cada votante, y "*Roe vs. Wade*",<sup>10</sup> el caso del "derecho a elegir".

Estos casos fueron y son importantes, y en cada uno de ellos se dieron argumentos más que plausibles para dos resultados distintos. Esos casos prueban que la doctrina no es todo. Sin embargo, no prueban que la misma no importe.

El resultado obtenido en cada uno de estos casos se alejó de la jurisprudencia previa anunciando una nueva doctrina. Pero hay que reconocer que, a su vez, cada uno de estos casos sí asentó doctrina, la cual se ha seguido en cientos de casos decididos luego de cada uno, y que aplicaron lo que los abogados consideran como los principios legales de cada uno. Aunque *Miranda* no se deducía de fallos anteriores, ha controlado las acciones de los oficiales de la policía y de las cortes por más de dos décadas. ¿Por qué otra cosa lo atacaría el procurador general?

<sup>6</sup> 372 U.S. 335 (1963).

<sup>7</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>8</sup> 384 U.S. 436 (1966).

<sup>9</sup> 377 U.S. 533 (1964).

<sup>10</sup> 410 U.S. 113 (1973).

Mi amigo y colega, Jerre S. Williams, fue profesor de derecho por 34 años antes de volverse juez federal y ha sido presidente de la Asociación de Escuelas de Derecho Americana. Jerre dice que, cuando habla con sus antiguos colegas (profesores de Derecho) acerca del proceso de toma de decisión en los casos, es difícil convencerlos de que él y el resto de nosotros –al menos en nuestra Corte– trabaja de la manera en que lo hacemos. Él mismo dice que se sorprendió cuando empezó a trabajar como juez por la atención y respeto que profesamos por la doctrina y los precedentes. Pero los críticos encuentran justificaciones para sus teorías sólo en los pocos casos relativamente interesantes y debatibles como para llegar a ser impresos en *Cases and materials*. Su visión, como el fallecido Karl Llewellyn lo expresó, se aplica sólo a casos “lo suficientemente dudosos como para hacer respetable el litigio”.<sup>11</sup>

Déjenme referirme al proceso de toma de decisiones en casos típicos. La corte de apelaciones del quinto distrito actualmente cuenta con 14 jueces activos que son ayudados por 5 jueces *Senior*. Nos reunimos, como las cortes de los otros circuitos federales, en paneles de tres. Cada uno de estos paneles decide más de 2.000 casos por año. Cada juez participa en alrededor de 350 decisiones. Eso significa que cada juez escribe alrededor de 118 opiniones por año y participa en 236 casos adicionales. El 54 por ciento de nuestras sentencias se resuelve sin la necesidad de acudir a argumentos orales.

Todos los casos que decidimos sin argumentar oralmente son, creo, del tipo que el juez Cardozo llamó “Casos que no deberían haber sido apelados, ya que alrededor del 90 por ciento de los casos apelados estaban destinados a ser decididos de una manera”.<sup>12</sup> Realistas y críticos no prestan atención a estos casos o no los cuentan por la misma razón. No son casos “interesantes”. Un abogado realmente bueno no habría ni presen-

<sup>11</sup> LLEWELLYN, Karl L., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 58, Chicago, 1962. Llewellyn nota que el método inquisitivo de racionalización utilizado por los realistas “se ha acercado a demostrar que en cualquier caso lo suficientemente dudoso para hacer respetable el litigio las premisas imperantes disponibles –es decir, premisas que resultan legítimas e impecables a la luz de las técnicas legales tradicionales– son al menos dos, y ambas son contradictorias aplicadas al caso en cuestión”. Ídem.

<sup>12</sup> CARDOZO, Benjamin N., *The Growth of the Law* 60, New Haven, 1924.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

tado la demanda, ni la hubiese defendido, ni apelado su resultado. La verdad es que los abogados sí presentan muchos de esos casos, muchos de los cuales se terminan antes de llegar a juicio. En aquellos que llegan a juicio y cuyo resultado es apelado, los abogados o sus clientes parecen pensar que tienen un argumento plausible. Algunos de esos argumentos plausibles son como aquellos presentados en una demanda en Louisiana: la defensa presenta una moción para rechazarla por estúpida. En defensa de su moción, el abogado defensor citó la definición de estupidez del diccionario Webster y después urgió a que “considerando los hechos y la historia de este malicioso litigio que ha sido prolongado innecesariamente por los demandantes, es obvio que la definición dada se aplica a la demanda. Es por ello que la petición debería ser rechazada, destruida, quemada o removida de la faz de la tierra por no tener sentido, ser cansadora y aburrida”.

Para un hábil profesor de derecho, el 55 por ciento de los casos que resolvemos serían aburridos, cansadores y carentes de sentido. Tales casos están controlados por la doctrina, aun si la doctrina involucrada es solamente deferencia a los hechos encontrados durante el juicio. Cuando el juez Hutchenson, en su famoso artículo sobre la toma de decisiones, dijo que el instinto, la intuición, y un destello de perspicacia orientaban la decisión,<sup>13</sup> no se refería a harina de este costal.

En el tipo de Corte Intermedia de Apelaciones, de las que el circuito federal es típico, seguir el precedente es indispensable. Es posible formar 560 paneles diferentes de tres jueces cada uno a partir de 16 jueces (el número permitido para nuestra Corte). Cuando fue *Chief Justice* de la Corte de Apelaciones de Nueva York, el juez Cardozo escribió que la situación de los litigantes “Sería (...) intolerable si los cambios semanales en la composición de la Corte fueran acompañados por cambios en sus decisiones. En esas circunstancias no hay nada que hacer más que defender los errores de nuestros predecesores de la semana anterior, nos

<sup>13</sup> HUTCHENSON, Joseph C., “The Judgement Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, 14 Cornell L. Q. 274 (1929) (notando que los jueces a menudo deciden casos eligiendo un resultado a partir de instinto o intuición, y después apoyo para el mismo). También HUTCHENSON, Joseph C., “Lawyer’s Law, and the Little Small Dice”, 7 Tul. L. Rev. 1 (1932) (entender y aplicar la ley requiere, “intuición”, “perspicacia” y “un destello de imaginación”).

gusten o no”.<sup>14</sup> Para evitar caos en los resultados, con cada panel adoptando decisiones distintas, cada una de las cortes del circuito federal ha adoptado la conocida Regla-del-circuito: una decisión sirve de precedente dentro del circuito.

Refirámonos al 55 por ciento de los casos en los que consideramos que el resultado es al menos debatible. Después de que cada caso es argumentado se le asigna a un juez para que escriba su decisión. Todo juez ha tenido la experiencia de intentar escribir una opinión en concordancia con su voto tentativo para descubrir que el resultado le resultaba inaceptable. En la jerga decimos que “la opinión no cierra”. En su lugar, escribimos una sentencia que llega a otro resultado y se la mandamos al resto de los jueces del panel con una nota que dice: “He llegado a un resultado diferente al que tentativamente adoptamos porque la opinión ‘no cierra’”. Todos sabemos lo que se quiere decir con esa frase. Significa que un buen abogado, un buen juez, un buen profesor de Derecho (es decir un estudioso de la ley) al leer la opinión sabría, como el autor se ha dado cuenta, que no toma métodos aceptables de análisis y no sigue reglas aceptadas, sino que es arbitrario en su resultado o superficial en su razonamiento. Así que llegamos a una conclusión que difiere de nuestra opinión inicial y predilección personal porque algo que reconocemos como “Derecho” (junto con su cuidadosa exposición) lo requiere.

Cuando confiamos que una decisión no tiene valor jurisprudencial no la publicamos. Tampoco lo hace el segundo circuito. Sin embargo, recientemente, la jueza Amalya Kearse dijo en chiste que por muchos años el segundo circuito ha declarado haber decidido más casos que los que se les han entablado durante el año. Al mismo tiempo, el número de sentencias sin publicar ha incrementado. Ella ha dicho que por ello el *Chief Justice* ha anunciado que la Corte estaba reconsiderando su práctica de decidir casos que no habían sido presentados mientras no hu-

<sup>14</sup> CARDOZO, Benjamin N. , *The Nature of The Judicial Process* 150, New Haven, 1921; también LLEWELYN, Karl N., *The Bramble Bush* 66-69, Dobbs Ferry, New York, 1951. Llewelyn argumenta que el precedente tiene un valor máximo y uno mínimo. El valor máximo es aquel que es concedido por una Corte posterior al recibir gratuitamente el precedente. El valor mínimo es aquel que es concedido por una Corte posterior que desea evitarlo; “cuanto hay en el caso que no puede”. Íd. en 69.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

biese resuelto los pedidos de distintos grupos de litigantes de citar opiniones que no fueron publicadas en otros casos que no fueron presentados aún.

En una entrevista exclusiva, contó que éste expresó que la regla de no citar fue adoptada por el acceso inequitativo a las decisiones no publicadas de la Corte. Dijo que las decisiones no publicadas en casos que no hubieran sido presentados aún, eran particularmente difíciles de encontrar.

A veces, hasta casos no presentados son realmente significativos. Una carta que recibí el año pasado de un prisionero llamado John Carver me advertía que oficiales de la prisión le habían ordenado que se afeitara la barba. Lo habían amenazado con afeitarlo por la fuerza si se negaba a hacerlo. Me escribió directamente a mí, sin preocuparse por pasar por la Corte del distrito: "Mañana si alguien muere, quiero recordarle que me están forzando (...) La constitución establece que no pueden discriminarme por raza o religión. Jesús y sus discípulos conocían la vergüenza que ocasiona a un hombre que se le fuerce a cortar su pelo al punto tal que Dios creó un derecho natural para el hombre. ¿Puedo hacer menos? Voy a pelear por lo que creo. Solamente quería que supiera que si los oficiales de la prisión mueren no es culpa mía."

Tal como a Carter, a otros prisioneros también les gusta invocar su fe religiosa. En marzo de 1984, en la víspera de Pesaj, recibí una carta proveniente de Albany, Nueva York. Era de un recluso que decía que lo habían arrestado mientras iba a Canadá a vender botones del papa Juan Pablo II sin autorización. Estaba esperando su extradición a Lafayette, Louisiana, para enfrentarse con cargos más serios del Estado. Escribió: "Voy a ir a Lafayette. Prefiero suicidarme antes. Y siendo diabético, no es difícil. Como un hombre judío a otro, por favor mire mi caso. Voy a suicidarme (...) Espero que usted y su familia tengan una linda fiesta."

Quiero acercarme de una manera un tanto distinta a la pregunta de si la toma de decisiones es puramente una selección de resultados seguida por una racionalización. El juez Harry Edwards llegó a la Corte del distrito de Columbia luego de muchos años como profesor de Derecho. Tanto él como yo habíamos pensado que, dada la amplia gama



de antecedentes políticos y filosofías de los jueces en nuestras cortes, el número de disidencias indicaría si las decisiones no son más que “racionalizaciones estilizadas”. Si lo son, entonces los jueces deberían diferir bastante frecuentemente en los resultados, las justificaciones, o ambos.

El juez Edwards encontró que, a pesar de las grandes diferencias existentes en los antecedentes políticos y la filosofía personal de los jueces en su Corte, el 94% de los casos en el año que revisó fueron resueltos sin disidencias.<sup>15</sup> Se fijó también en lo que llamó paneles “mixtos”, consistentes en jueces a los que él clasificaría como liberales y otros a los que llamaría “conservadores”. En menos del 10% de esos casos, el juez que se encontraba dentro de una minoría política hizo una disidencia.<sup>16</sup> El juez Edwards escribe que aun en los casos que considera “muy difíciles” de decidir, casos que inevitablemente se vieron influenciados por la mirada del juez, sus creencias políticas, sociales y morales, la mayoría de los jueces se sintieron comprometidos a resolver el caso de una manera que se denomina *Principled fashion*,<sup>17</sup> es decir, con el resultado determinado por reglas.

En mi propio circuito, el quinto, datos del año 1981 a 1985 muestran que hubo una disidencia en menos del 4 por ciento del total de casos decididos, y un voto concurrente en menos del 2,5 por ciento.

Llegar a decisiones por consenso sujetas a reglas legales parece también ser la práctica en otros circuitos federales. Jon Gottschall realizó un estudio de las cortes federales de apelación en un artículo al que llamó “Los nombramientos de Reagan para las cortes de apelación de EE. UU.: La continuación de la revolución judicial”.<sup>18</sup> Su estudio comprendió 3752 decisiones<sup>19</sup> que incluían los temas “que más probablemente dividen a

<sup>15</sup> EDWARDS, Harry T., “Public misconceptions concerning the ‘politics’ of judging: Dispelling some myths about the D. C. circuit”, 56 U. Colo. L. Rev. 619, 629, 1985.

<sup>16</sup> Íd. en 630.

<sup>17</sup> Íd. en 634-45.

<sup>18</sup> GOTTSCHALL, Jon, “Reagan’s appointments to the U. S. Court of Appeals: The continuation of a judicial Revolution”, 70 Judicature 48, 1986 (las cuatro categorías consistían en los jueces nombrados por Reagan, Carter, Nixon/Ford, y Kennedy/Johnson).

## ¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

jueces de distintas ideologías".<sup>20</sup> En el 83 por ciento de este grupo de casos, la Corte fue unánime.<sup>21</sup>

Los abogados en el ejercicio de la profesión también creen que las reglas son importantes. Por cada demanda planteada en la Corte, innumerables problemas se presentan ante abogados que son llamados para hacer recomendaciones a clientes con respecto a propuestas de transacciones o a la resolución de conflictos. Los abogados predicen cuál será el resultado del caso si llega a juicio. Ellos están convencidos de que pueden, no infaliblemente, pero sí con un cierto grado de certeza.

Los banqueros dan préstamos, los empresarios compran tierras, los individuos adquieren casas, y los gobernantes sacan regulaciones. Los participantes de cada una de estas transacciones simplemente no podrían operar en un sistema en el que si una disputa se presentara, el

<sup>19</sup> Los temas tomados en cuenta fueron:

Tasa de disenso en la toma de decisiones de una corte de apelaciones, 1983-84		
Tema	Número de casos	Porcentaje de casos no unánimes
Derechos de acusados y prisioneros	2399	10
Discriminación racial	219	15
Discriminación por género	124	17
Primera Enmienda	147	32
Casos combinados	2889	20
Derechos y libertades civiles (promedio de tasa de disenso)		
Trabajo/ relaciones laborales	318	14
Asistencia social	301	14
Muerte/ lesiones	244	13
Casos combinados	863	14
Distribución económica (promedio de tasa de disenso)		
Todos los temas combinados (promedio de tasa de disenso)	3752	17

<sup>20</sup> Íd. en 54.

<sup>21</sup> Íd. en 51.

resultado sería impredecible a menos que los litigantes conocieran los valores políticos y morales del juez. Millones de personas entran en relaciones comerciales y sociales diariamente con la creencia de que si algo llega a fallar y hay que acudir al litigio, las cortes seguirán el precedente. Los críticos valoran la libertad de cátedra, y no sólo porque confían en la buena fe institucional. También confían en garantías, invierten en casa y usan bancos. Como el resto de nosotros, buscan y quieren seguridad.

Los críticos llaman a la doctrina que reconoce que los jueces ejercen en cierta medida un poder para hacer reglas, además de su aplicación, "Neopositivismo". La objeción es que los límites de este poder no pueden ser definidos por reglas. Esta observación es correcta, pero lo que encuentra es una virtud no un defecto. El rol de los jueces requiere sabiduría para resolver los conflictos entre la maquinaria de reglas y el objetivo de lograr justicia. Puede ser que, como señala el profesor Duncan Kennedy, la decisión judicial en esos casos es una usurpación<sup>22</sup> pero, salvo cuando la decisión define algún contenido constitucional, la última palabra la tiene la Legislatura.

Cuando el decano Paul Carrington dio su charla, *Of law and the river*,<sup>23</sup> me envió una copia. Me pareció una buena charla. Luego, cuando ésta levantó una lluvia de críticas me preguntó si la consideraba objetable. La volví a leer. Todavía estaba de acuerdo, a pesar de los comentarios de los críticos. Esta semana la leí por tercera vez. Por lo que entiendo, en una pequeña parte de su largo discurso, el decano Carrington rechaza la idea a la que él se refiere como el argumento nihilista que mantiene que "aquel que decide es todo lo que importa y los principios no son nada más que cosméticos". No rechaza la idea de que en ciertas ocasiones es importante quien decide. Conuerdo con él en ambas premisas.

Aleksander Solzhenitsyn dijo, dirigiéndose a los alumnos de Harvard: "Una sociedad sin otra escala más que la legal no es digna de los hombres". Estoy de acuerdo con eso. Pero una sociedad que no se rige por la medida de la ley es una sociedad sin ley. Ni los abogados ni los jueces

<sup>22</sup> KENNEDY, Duncan, "Legal Formality", en *Journal of Legal Education*, nro. 2, pp. 351, 394, 1973.

<sup>23</sup> CARRINGTON, Paul D., "Of Law and The River", en *Journal of Legal Education*, nro. 34, p. 222, 1984.

¿IMPORTA LA LEY? LA RESPUESTA DE UN JUEZ AL MOVIMIENTO DE LA ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO

ALVIN B. RUBIN

pueden predecir las decisiones en todos los casos con la infalibilidad con la que los astrónomos pueden señalar el camino a seguir por los planetas. Probablemente, la mayoría de nosotros no elegiría vivir, y menos ser abogados, profesores de Derecho o jueces, en una sociedad tan inmutable y burocrática. El sistema legal debería dejar alguna zona gris para los casos conflictivos, y ningún juez debería estar encasillado en un “molde” legal que decidiera todas y cada una de sus futuras decisiones. Aquel juez cuyas decisiones son totalmente predecibles es un juez que no está afectado por las distintas situaciones que se le presentan, ni por la lectura de los alegatos, ni por considerar los argumentos de ambos lados de la controversia, ni por pensar cuidadosamente acerca de un tema con la seguridad de que personas reales se van a ver afectadas por su decisión o por la destreza necesaria para explicar esa decisión.

Las decisiones de los jueces deberían ser razonablemente consistentes y coherentes. Cuando la doctrina o la jurisprudencia anterior son rechazada o dejada de lado, los jueces deberían ser capaces de explicar el porqué de su proceder. Parte de la explicación podría basarse en un corpus contradictorio de doctrina. Otra parte podría explicarse a partir de la política social o económica. Los casos en los que esto puede pasar son “los grandes casos”, los que se estudiarán y llegarán a *Cases and materials*. En cualquier corte o en cualquier período habrá pocos. El resto, los casos que reinan en la sociedad la mayor parte del tiempo, son decididos por la doctrina. Esta última, en su mayoría, viene directa o indirectamente de la legislación o de la inacción de la Legislatura. Y ésta es la manera que tiene que ser en una sociedad democrática. Si no fuera así, entonces, gobernar por ley sería imposible.

Quiero terminar con una cita del decano Carrington: “Para ríos seguros, el pueblo necesita guías cuidadosos. Para limitar el poder, el pueblo necesita abogados que clamen por la esperanza y las expectativas de que los derechos van a ejercerse”<sup>24</sup>, y agregó, las expectativas de que los jueces los ejercerán de acuerdo con las reglas, esas reglas que conocemos como Derecho.

<sup>24</sup> Íd. en 228.