

Al hilo de POSNER, Divergent Paths: The Academy and the Judiciary

Solo los maniqueos discutirían a Richard POSNER la condición de ser uno de los más grandes juristas del último medio siglo. Uno de sus rasgos distintivos como tal –e indudablemente positivo, en mi criterio- es que POSNER es a la vez un jurista académico o “teórico” –ha sido durante décadas profesor en la *University of Chicago Law School* y ha escrito libros y artículos académicos sobre múltiples áreas del Derecho y de la teoría jurídica- y un jurista práctico –juez federal de apelaciones desde hace más de 30 años-. Esta doble dimensión asoma en buena parte de su producción, al menos en los últimos años. Su libro más reciente no se entiende sin ella.

Su editorial de siempre, *Harvard University Press*, acaba de publicar *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*¹. No es esta la sede para recensionarla², pero sí lo es, me parece, para comentar algunas de las cuestiones que su lectura suscita en relación con el entorno jurídico-académico español. El libro no es, ni de lejos, el más académico o elaborado de los suyos, pero tiene un encendido, inteligente y elocuente tono de panfleto o manifiesto.

La más reciente de las “fases” productivas de POSNER (y ha tenido varias) se caracteriza, de modo ostensible, por su interés en entender, explicar y mejorar la función judicial, en especial de la judicatura federal norteamericana, la suya –y la que más atención recibe del mundo académico internacional, por otra parte-. Desde *How Judges Think* (2008) hasta *Reflections on Judging* (2013), pasando por *The Behavior of Federal Judges* (2013) con Lee EPSTEIN (una politóloga especialista en el análisis empírico de la judicatura) y William LANDES (un economista), hasta *Divergent Paths*, los jueces son su principal área de interés en estos años. En su última aportación destaca la relación entre judicatura y academia y, singularmente, en qué puede ayudar el sector académico del Derecho, en términos de investigación y también de docencia, a mejorar los defectos de diseño y funcionamiento de la justicia federal.

Desde hace unos años, en Estados Unidos se han expresado desde la judicatura distintas voces criticando la deriva ultrateórica y alejada de la realidad, exageradamente multidisciplinar y esotérica, de la producción académica de las mejores escuelas de

¹ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press.

² Confío en hacerlo en un próximo número de InDret. De ser así, el compromiso de InDret es el de que esa (como las demás recensiones que se publican) no pertenecerá al club de –injustificados– halagos mutuos que denuncia Gabriel DOMÉNECH en “[Malas prácticas universitarias \(I\): la recensión](#)”.

Derecho norteamericanas³. En frase del *Chief Justice* John ROBERTS, en una entrevista de 2011, la producción jurídica académica norteamericana se ocupa de cuestiones tan absurdas como “*the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in eighteenth century Bulgaria or something*”⁴.

En *Divergent Paths*, Richard POSNER se muestra más favorable y más optimista en relación con la producción de la academia legal, al menos en términos globales⁵. No es extraño, pues en definitiva también es un académico, y no uno cualquiera. Por un lado, juzga que la tendencia teórica y multidisciplinar, orientada a la contribución original y novedosa y desdeñosa de los aspectos prácticos del sistema jurídico y de las reglas vigentes en un derecho positivo dado, es inevitable ante la imparable “profesionalización” de la academia jurídica. Profesionalización en sentido académico, esto es, asimilación a los modos de pensar, producir y evaluar del resto de la academia –la de las ciencias experimentales pero también la de las ciencias sociales o la historia y la filosofía– y simultáneo distanciamiento de los modos de operar de las profesiones jurídicas, la abogacía y la judicatura singularmente. Pero POSNER también denuncia buena parte de esta investigación jurídica “academizada”, por su alejamiento de la realidad, su escasa utilidad para la política jurídica y, lo peor para su gusto literario, por su expresión frecuentemente abstrusa y rebosante de jerga y conceptos autorreferenciales.

Cualquiera que conozca, incluso superficialmente, una *Law School* puntera en Estados Unidos ha de reconocer la llamativa distancia con las nuestras –o las europeas en general–. Entre nosotros, lo que no está basado en el examen y exposición del Derecho positivo es periférico y se limita generalmente al entorno auxiliar “tradicional” del conocimiento jurídico: la historia del Derecho y la filosofía del Derecho⁶. No se practican apenas acercamientos al Derecho basados en ciencias sociales –economía, psicología, ciencias de la

³ Harry T. EDWARDS (1992), “The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession”, *Michigan Law Review*, vol. 91, pp. 34 y ss.

⁴ La referencia en Diane WOOD (2015), “Legal Scholarship for Judges”, *Yale Law Journal*, vol. 124, pp. 2592 y ss. Diane WOOD es *Chief Judge* del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito, el tribunal federal en que sienta Richard POSNER, y su visión de la producción académica reciente es más positiva que la del Presidente del Tribunal Supremo.

⁵ Aunque POSNER manifiesta sin disimulo su enemistad hacia varias muestras de la producción académica en Derecho en su país. Dos muy relevantes: la “teoría constitucional” de los profesores de Derecho público y las *law reviews* (editadas por los estudiantes, de postgrado, pues los estudios de Derecho lo son en Estados Unidos). A estas las crucifica de forma inmisericorde (*Divergent Paths*, p. 316): “*These student editors favor long articles, which mirror verbosity endemic to the legal profession (...). They love footnotes, -the more there are, and the longer they are, the better. (...) That's sick. The student editors are also of course obsessed with citation form (...). And because they lack confidence in their ability to understand and evaluate complex, innovative, or social-scientific articles, they favor conventional doctrinal articles*”.

⁶ La asimilación entre el Derecho y otras esferas del conocimiento en el ámbito universitario ha tenido entre nosotros, creo, algún impacto, pues los modos de publicación de los profesores españoles de Derecho sí parecen verse influenciados por los incentivos generados por los criterios de evaluación de la actividad investigadora. Por citar dos ejemplos en el terreno jurídico: el declive de la manualística, vista con desfavor por los criterios de evaluación, y la proliferación de “eventos” y publicaciones sedicentemente internacionales, como respuesta al sesgo en favor de la presencia internacional que premian tales criterios.

conducta, politología, estadística, biología, antropología, criminología- o en “nuevas” humanidades -teoría literaria, estudios culturales, teoría feminista-. Apenas hay profesores con titulaciones académicas distintas a las jurídicas en las facultades de Derecho españolas⁷ y europeas. En las diez mejores facultades de Derecho norteamericanas, el 46% de sus profesores tienen un doctorado en una disciplina no jurídica⁸.

Acaso podría pensarse que POSNER da pie a reivindicar nuestros modos de hacer, más cercanos a las profesiones jurídicas y a los problemas diarios de los operadores que manejan el sistema legal. No hay tal. Ocuparse del derecho positivo no es bastante para hacer útil un trabajo jurídico académico. Insistiendo en argumentos ya iniciados hace años⁹, POSNER critica las pretensiones pseudocientíficas del Derecho como disciplina. Fustiga la huera pompa teórica, el uso de jerga falsamente precisa y alejada sin necesidad del lenguaje ordinario, la imposible existencia de un método jurídico con pretensiones de cientificidad. Como disciplina intelectual, el Derecho no está lejos de la novela (o de la filosofía, si le sirve de consuelo a alguno): “*Law is not alone in being a field remote from science and math and saturated in rhetoric. Other such fields include philosophy, fiction and literary criticism. (...) But the law is one of those weak fields of intellectual endeavor that proudly embraces bad writing attributed to an indispensable technical vocabulary (...)*”¹⁰.

La producción académica en Derecho, según POSNER, no debe vivir –esencialmente al menos– de espaldas a los operadores y el funcionamiento real de los sistemas jurídicos. En definitiva, la mayor aportación que puede hacer la academia jurídica es mejorar la maquinaria del Derecho al servicio de quienes viven sujetos –y casi todos lo estamos– a un cierto orden legal. Pero lo que se necesita para ello no es una colección de recetas de interpretación de textos legales apoyadas en criterios o conceptos pseudo-científicos o en espurias teorías sobre la existencia y coherencia de principios consustanciales al Derecho o a un sistema jurídico dado. Lo que de veras precisan de la academia jurídica los legisladores, los jueces y otros aplicadores del Derecho, así como los abogados, son trabajos que identifiquen y expliquen los factores que subyacen a las conductas y decisiones de los agentes jurídicos y permitan influir positivamente sobre los mismos. De esta forma, se facilita, de una parte, a los operadores que encuentren y ofrezcan soluciones satisfactorias a los nuevos contextos tecnológicos, económicos, sociales, demográficos, etc. (para POSNER la principal fuente de complejidad genuina del Derecho es la realidad en la que opera, no el Derecho en sí, cuya complicación es, en buena medida, artificialmente alimentada por los agentes jurídicos y la academia jurídica como pretexto de autojustificación profesional). Y,

⁷ En España, entre los más jóvenes comienza a haber buen número de “dobles titulados” (en Derecho y Economía, o Empresa, o Ciencia Política, o Criminología). Se trata, no obstante, de titulaciones “de grado” y no de postgrado, y mi impresión, acaso equivocada, es que esta positiva evolución no parece, de momento, haber aumentado notablemente el grado de interdisciplinariedad de la actividad docente e investigadora en Derecho. Con todo, tal vez es un fenómeno demasiado reciente para que el efecto sea perceptible en la actualidad.

⁸ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 41.

⁹ Richard POSNER (2004), *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press.

¹⁰ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 128.

de otra, indagar las cuestiones “institucionales” del Derecho y mejorar el diseño y funcionamiento de los parlamentos, los sistemas judiciales y las profesiones jurídicas. En este sentido, la producción académica debiera ser más empírica (y no conceptual), más cercana a la realidad de los hechos (y no mirar fundamentalmente a las fórmulas o declaraciones), más centrada en lo institucional (y no en las reglas o proposiciones jurídicas) y más orientada a explicar y entender el contexto de las reglas (y no el texto de las mismas).

Esta agenda, me parece, es también muy deseable entre nosotros. El sesgo positivista y normativo de nuestra tradición jurídica nos vuelca hacia escudriñar lo que legisladores, jueces, agencias reguladoras y otros agentes “dicen” y “cómo deberían decirlo” –usando como referencia de deber, con frecuencia, pautas no explicitadas o arbitrarias–, pero no a entender lo que hacen realmente y por qué, y a mejorar los resultados de sus decisiones. Como POSNER, creo que orientar la producción académica en Derecho a lo que es, en el mejor de los casos interpretación de textos y, en el peor, mera retórica o construcción de pseudoconceptos, no es buena cosa. Hay mucho –demasiado, por desgracia– espacio entre nosotros para utilizar herramientas intelectuales que permitan entender a legisladores –a los nuestros, los de la Carrera de San Jerónimo o los Ministerios, los de los parlamentos y consejerías, no “al legislador”–, a jueces y otros operadores jurídicos con cara y ojos, para seguir dedicando recursos intelectuales y humanos a dar pautas de interpretación de un texto a quienes, intuitivamente y por experiencia, probablemente no lo necesitan demasiado, como son los operadores jurídicos. Y para ello es importante simplificar el edificio que, penosamente a ratos, hemos ido construyendo para cobijar las instituciones jurídicas: *“The academy should be able to help judges prune the lush, overgrown judicial vocabulary. Simplification should be the battle cry of the academic legal profession”*¹¹.

En cuanto a la dimensión educativa de la academia jurídica (el lado docente de las facultades de Derecho), POSNER entiende que caben reformas que mejoren el servicio y la utilidad de la universidad hacia la judicatura y, de forma más amplia, a las profesiones jurídicas. Y no tanto por la demanda de los estudiantes, que POSNER considera que es puramente “mercantil” y “profesional” en la mayoría de los casos¹²: *“Modern students want the same things their predecessors wanted –a good job upon graduation, of course, but also to be the members of a real profession (a guild, even a mystery), “profession” implying esoteric knowledge, a specialized vocabulary, and a technique for generating objectively correct answers to even the most difficult questions that arise in one’s professional field”*.

Sus propuestas aquí son de tono práctico, como cabe esperar de un pragmático confeso. No pretende, sobre el papel, una gran revolución en los planes y programas de las facultades. Propone reducir el peso de ciertas materias y enfoques, y ampliar la relevancia de ciertos modos de crear habilidades en los graduados en Derecho que los acerquen a las profesiones jurídicas y, en especial, al modo de pensar y de actuar de la judicatura y, por

¹¹ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 273.

¹² Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 315.

esta vía, con el tiempo, mejorar esta. El resultado final, sin embargo, supondría cambios notables en la educación jurídica que se da en las *National Law Schools*.

Simplificando, sus propuestas son cuatro: (i) reducir el peso de la comunicación de contenidos teóricos estrictamente “legales”, en especial en aquellas materias que, en su dimensión trascendente, son sustancialmente prácticas o “clínicas” (*civil and criminal procedure, evidence*), para las que derechamente sugiere la eliminación de toda enseñanza teórica; (ii) aumentar la oferta de enseñanzas sobre el entorno en el que opera el Derecho: “(...) *courses in finance, accounting, business management, computer science, statistics, economics, psychology, political science, medicine and biology, fingerprint and DNA evidence, electronic surveillance and the patent system*”¹³; (iii) enseñar a los estudiantes de Derecho a escribir bien. No a escribir bien en terminología jurídica, sino a escribir bien, y punto¹⁴; (iv) enseñar las materias jurídicas colocando a los estudiantes en la posición del operador jurídico en el que –previsiblemente– se convertirán en el futuro (jueces, abogados, funcionarios, reguladores, etc.). Esto exige utilizar casos reales en la enseñanza, pero sumergiendo a los alumnos en la situación y en la totalidad del material en el que, en la realidad, se han de mover los operadores jurídicos: “*It’s also important to understand cases in their full factual contexts rather than as etiolated sketches convenient for doctrinal analysis, and how judges’ actual reactions to cases differ from the orthodox concept of judicial behavior*”¹⁵. Nada de casos imaginados, y nada de *casebooks* que filtran y falsean la complejidad –contextual, fáctica– de los asuntos problemáticos en la realidad al servicio de transmitir reglas de Derecho reales o figuradas: “*Casebooks should be abolished*”, sentencia POSNER¹⁶.

Ignoro si todas sus propuestas tendrán el éxito que espera POSNER, y no me atrevo a apostar sobre ello de forma indiscriminada. Pero merece la pena dar una oportunidad a muchas de ellas. Más experimentación, y menos inercia y uniformidad me parecen muy deseables para nuestra anquilosada educación jurídica.

Fernando Gómez Pomar

¹³ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 325. La importancia de las materias ligadas a la gestión empresarial son destacadas como de primera importancia por los empleadores privados en el sector de la abogacía, tal y como refleja la encuesta realizada por la *Harvard Law School* en 2013: John COATES IV, Jesse FRIED, Kathryn SPIER (2015), “What Courses Should Law Students Take? Lessons from Harvard BigLaw Survey”, *Journal of Legal Education*, vol. 64, pp. 443 y ss. Probablemente el éxito (de demanda de estudiantes y de oferta de empleadores) en España de los dobles grados en Derecho con Economía, Empresa, Ciencia Política, etc. confirma el atractivo de una educación jurídica con fuertes ingredientes de materias no jurídicas. Otra cosa es que entre nosotros la imbricación de lo puramente jurídico con el resto sea la adecuada hoy por hoy en nuestros dobles grados.

¹⁴ Y eso que los estudios jurídicos en Estados Unidos siguen al *College* y son, técnica y realmente, al menos en las mejores escuelas, de postgrado. En Europa y en España no podemos confiar en nuestros colegas de otros departamentos para enseñarlos a expresarse en buen español (o catalán, o la lengua que se desee).

¹⁵ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 323.

¹⁶ Richard POSNER (2016), *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, p. 307.