

"Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America"

De **Walter Olson**

New York, Encounter Books, 2011

Sergio Verdugo R.

Máster en Derecho

Universidad de California

Magíster en Derecho Público

Pontificia Universidad Católica de Chile

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas

Universidad del Desarrollo

Profesor de Derecho Constitucional e investigador

Centro de Justicia Constitucional

Universidad del Desarrollo

El libro que comentaré constituye una protesta política contra las Escuelas de Derecho norteamericanas y las doctrinas que sus profesores más influyentes suelen promover para el sistema jurídico.

En él, Walter Olson argumenta que las mejores Escuelas de Derecho de los EE.UU. tienen un perfil ideológico definido, asociado a la izquierda progresista norteamericana (ver especialmente pp. 13-31), y que ellas han influido en la construcción de *malas* teorías jurídicas para el sistema legal. Estas *malas* ideas se publican en revistas que tienen poca demanda real (p. 40) y los estudiantes que trabajan en ellas son premiados con buenos puestos laborales en el futuro (p. 41). De esta manera, muchos de los problemas del sistema norteamericano serían responsabilidad de aquellos profesores de Derecho que no sólo habrían inventado dichas doctrinas, sino que además se habrían beneficiado económicamente con ellas.

El autor parte de dos supuestos normativos que, de no ser aceptados, le quitarían validez a la tesis central de su libro. En primer lugar (i), Olson asume (y demuestra con numerosos ejemplos) que los profesores influyentes de Derecho pertenecen, al menos en su mayoría, al progresismo de izquierda. En segundo lugar (ii), el autor supone que las Facultades de Derecho producen *malas* ideas para el sistema normativo, a las que el autor llama irónicamente *can-this-be-serious-proposals* (p. 5), con el objeto de cuestionar su seriedad y dejar en evidencia el absurdo de las mismas.

El enfoque del libro no es derrotar argumentativamente este tipo de (*malas*) ideas, sino mostrar de qué manera ellas influyen en el proceso jurídico y político. En este sentido, el libro parece más dedicado a un lector ubicado en la derecha política (o jurídica) y será probablemente incapaz de persuadir a un lector de la izquierda norteamericana, que asume que las *malas* ideas son, en realidad, *buenas*¹.

Dentro de las materias donde Olson observa que las *malas* ideas han triunfado, se encuentran los principios de la responsabilidad civil extracontractual (*torts*) y las acciones de clase (ver, por ejemplo, el capítulo 4), las concesiones a grupos indígenas (capítulo 10), y lo que los norteamericanos denominan *institutional reform litigation* (litigación para producir reformas institucionales), donde se incluye el sistema educacional, el penitenciario, los programas sociales y la litigación (y activismo) internacional de los DD.HH. (capítulos 11 y 12). Este tipo de litigación origina un fenómeno que el autor denomina "las Cortes como legisladoras" (pp. 138 y ss.), el que se convierte en una alternativa para que grupos de presión puedan obtener respuestas a sus demandas (p. 143)².

La litigación que este tipo de acciones genera a veces produce lo que Olson denomina "crisis estratégica". Con estas crisis se persigue crear profundos problemas judiciales a determinadas instituciones, para provocar reformas radicales que satisfagan a los litigantes y a los grupos de interés que se encuentran detrás de ellos (pp. 146 y ss.).

La crítica de Olson también cuestiona el interés de los profesores de Derecho. Se asume que la profesión legal tiene un interés propio, que es alimentado por teorías que incrementan la excesiva judicialización del sistema, creando más trabajo para abogados, a pesar de los mayores costos que ello significa para la sociedad. Una manifestación de lo anterior consiste en el rol que estos profesores juegan cuando son llamados a entregar su testimonio en un juicio en calidad de "expertos". Estos testimonios suelen beneficiar a litigantes determinados, influyendo fuertemente en el resultado final y produciendo un formidable negocio dentro de un pequeño circuito (pp. 83-87).

Estos mismos profesores del progresismo jurídico han construido clínicas jurídicas basadas en "causas de interés público", que para Olson no es más que una manera de denominar la agenda liberal de izquierda. El presupuesto e influencia de estas clínicas han crecido de manera muy fuerte, y no sólo son

¹ Parece evidente que el autor escribe desde la derecha y hacia la derecha. No es casualidad que Walter Olson sea un investigador *senior* del *Cato Institute*, un centro de estudios libertario, vinculado a la derecha norteamericana.

² Se dice que este tipo de cuestiones terminan por entregarle mucho poder al juez, pero pocos observan la influencia que abogados interesados en determinadas causas tuvieron efectivamente en este tipo de juicios, especialmente cuando los casos se terminan mediante acuerdos redactados por estos abogados (p. 150).

relevantes para el apoyo de causas particulares, sino también para presionar por cambios normativos relevantes y para comprometer a estudiantes de Derecho con la agenda progresista (pp. 95 y ss). Cabe recordar que una parte considerable de los miembros de la elite norteamericana se han formado en estas escuelas de Derecho³.

Con todo lo anterior, las escuelas de Derecho habrían perdido su propósito original (formar abogados) para implementar las *malas* ideas por la vía judicial y comprometer a los estudiantes y a la comunidad jurídica, en esta tarea. En este contexto, el libro se pregunta también acerca del rol de los profesores de Derecho, y sostiene que probablemente estos no son los mejor preparados para opinar acerca de lo que el Derecho *debe ser* (p. 236).

Se vincula con ello la poca precisión con que los abogados y jueces opinan en cuestiones técnicas. Ante ello, Olson denuncia contradicciones, parcialidad y opiniones casi intuitivas por parte de los abogados. Detrás de esta crítica, se encuentra la discusión acerca de la formación crítica del abogado, respecto de la que el autor se muestra pesimista. Por eso, tal vez, concluye su libro señalando que las Facultades de Derecho debieran orientarse en la formación de habilidades y conocimiento jurídico en sus estudiantes. En este proceso, deben entrenar abogados que respeten el interés de sus clientes, reconozcan la dignidad del trabajo legal y conozcan las reglas éticas de la profesión. "No queremos tener ni necesitamos más reyes-filósofos. Pero nos sería útil utilizar más y mejores abogados" (p. 237).

El modelo de una *mala* Escuela de Derecho es, para el autor, la Facultad de Yale, donde los estudiantes ya no deben tomar un curso sobre propiedad para poder graduarse, y donde de manera frecuente los alumnos no saben de quiebras, ni de derecho procesal, pero sí saben filosofía (p. 45)

El libro no propone un camino para solucionar el problema que denuncia, ni tampoco ofrece ideas para contestar al progresismo académico jurídico norteamericano. Su objetivo central es levantar escepticismo acerca de la academia legal. En esta tarea, la obra da cuenta de una suerte de expansión irresponsable de los asuntos propiamente jurídicos, que no considera los costos, limitaciones e inexactitudes de la ley (p. 232), la que ha utilizado el lenguaje de los derechos, el derecho constitucional y el derecho internacional, como las vías preferidas para incrementar los niveles de judicialización.

La idea central del libro no podría estar completa si no se aíslan las variables que explican la existencia de *malas* doctrinas jurídicas en la realidad práctica

³ Olson da cuenta de que el 60% de los senadores y el 40% de los representantes del Congreso Federal son abogados (p. 2).

(no meramente académica). Si bien Olson constata con bastante precisión la manera en que estas teorías jurídicas son influyentes, el autor falla en identificar todas las variables que podrían haber influido en su adopción efectiva. Y aunque pueda ser razonable darle importancia práctica al trabajo de investigación jurídica, el libro no da cuenta del nivel de impacto que este tiene en relación a otras posibles explicaciones.

Por otra parte, el libro no valora algunas ideas que las Facultades de Derecho han aportado de manera positiva al sistema jurídico norteamericano, como ocurre, por ejemplo, con las teorías sobre el análisis económico del derecho (*law and economics*), las que han sido útiles para proporcionar soluciones prácticas y para explicar (y dimensionar) el real valor del sistema judicial y del precedente, entre otras muchas materias. Si bien las Escuelas de Derecho pueden ser responsables por la producción de *malas* ideas, ello no elimina el hecho de que existan *buenas* teorías. En definitiva, el problema parece residir en que la mayoría de las ideas proviene de un sector específico que se encuentra ideológicamente comprometido, lo que se produciría por el desequilibrio que existe en la política de contratación de profesores de las diferentes Facultades, y no en la ausencia completa de una academia legal de derecha.