

OWEN, YO, Y EL SITIO DE CHICAGO

SELA JUNIO 2014, Lima, Perú

Carol M. Rose

1. Owen y Yo en Chicago

Aquí hay algo que tal vez no sabían de Owen Fiss, y probablemente de mi tampoco: cuando estuve en la Facultad de Derecho, Owen fue mi profesor de Derecho de Propiedad. Y aquí otra cosa que estoy segura que no saben de Owen: no fue sólo un profesor de alta teoría de propiedad, también enseñaba sobre los mecanismos concretos de la propiedad. Le enseñó a mi clase de propiedad todo sobre hipotecas, depreciación de impuestos, y el flujo de efectivo del arrendador. ¡Flujo de efectivo! Aún no estoy segura si entiendo lo que significa el flujo de efectivo, pero Owen sí, o al menos a mí me parecía que sí.

Es posible, que la única razón por la que sabía (o aparentaba saber) aquellos términos duros de negocios, era porque en aquel tiempo, daba clases en la Universidad de Chicago. Ahí fue donde yo empecé como estudiante de primer año. Owen dejó la Universidad de Chicago aquel mismo año por irse a Yale, en donde, me parece, conoció prácticamente a todas las demás personas en SELA. Él no tenía la menor idea de quién era yo (era una clase muy grande, y yo únicamente escuché esa voz estentórea llamarme, "¿Srita. Rose?—estoy segura que fue por que vio el plano de asientos del salón). Pero a pesar de lo invisible que era yo para Owen, yo creía que él era maravilloso, el mejor maestro que había tenido en mi primer año, y como resultaría después de cierta reflexión, de toda mi vida.

Pero esa es otra historia. Déjenme regresar a Chicago: He leído el discurso que Owen dio en la graduación de la Facultad de Derecho de Yale en 2011, y en ese

discurso habló de su cambio de la Universidad de Chicago a Yale. Lo hizo parecer como si hubiera sido un cambio de un campo de hielo rocoso a una pradera exuberante, llena de forraje para el pensamiento, la reflexión y la teoría. Para aquellos de nosotros a quienes dejó en el campo de hielo, fue muy evidente su partida. La lamentamos, mucho. Yo estaba muy afligida cuando Owen se fue, y sé que muchos estudiantes también lo estaban—por ejemplo, mi novio de entonces, quien era un par de años menor que yo pero iba un año más adelante en la Facultad de Derecho. Él había tomado recientemente la clase de Owen sobre Cesaciones.¹ Ni siquiera era uno de los estudiantes más dedicados, pero sabía reconocer algo valioso cuando lo veía. Así que, si, Chicago se sentía un poco rocoso, y más aun cuando Owen se fue.

Por otra parte, yo permanecí como estudiante de Chicago, y siempre le he tenido una gran admiración, a pesar de que Owen pensara que no era el lugar para él. Sigo pensando que fue la Facultad de Derecho de Chicago la que lo hizo hablar sobre hipotecas y flujos de efectivo, y debo decir, mi apreciación por este maravilloso maestro estuvo muy influenciada por la manera en que podía mezclar los asuntos más serios teóricos y de derechos civiles, con estas consideraciones duras de el efectivo en frío. Aquellos detalles financieros eran mucho más nuevos para mi en aquel entonces que cualquier otra teoría abstracta, y ponían la teoría a prueba. De hecho, podría apostar que fue la Universidad de Chicago la que hizo que Owen enseñara Derecho de Propiedad en primera instancia, porque la propiedad era importante en la Universidad de Chicago, y también porque en aquellos días, era el tipo de facultad de derecho en la que todos tenían que enseñar sobre todo.

La Universidad de Chicago en aquel momento, y hasta la fecha creo yo, es una institución académica que refleja la ciudad: dura, audaz, cómica, inteligente, rápida e

¹ Owen dice que la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago lo hizo llamar la clase "*Equity*" o tal vez, "*Equitable Remedies*", pero puedo afirmar que todos los estudiantes la llamaban como lo que él quería enseñar, es decir : "*Cesaciones*."

implacable. E intensa: como estudiante, me encantaba el hecho de que los profesores se vistieran en cualquier ropa vieja, manejaban automóviles que eran viejos pedazos de basura, vivieran en departamentos casi de barrios pobres—y que nada de esto les importara. Lo único que importaba era la vida de la mente. Sus mentes, nuestras mentes, las mentes de cualquiera—mientras tus ideas fueran buenas, podías ser parte de la aristocracia de la mente. Los estudiantes iban a escuchar los artículos en los talleres, e incluso participaban en la discusión, y mientras fui estudiante de Chicago, yo hice justo eso, aunque no fui muy valiente al respecto. Estas experiencias no necesariamente enmendaron la salida de Owen, pero en uno de esos talleres, observé confrontaciones académicas que se convertirían en asuntos legendarios para años posteriores.

Así que Owen dejó todo eso a cambio de las verdes praderas de Yale, en donde fundó el Taller de Teoría Legal, y en donde se convirtió en una de las principales figuras en una comunidad intelectual que parecía crecer de manera más brillante y expansiva con el paso de los años. Mientras, en Chicago, recuerdo escuchar algunas críticas respecto a los tragos de claret y oporto entre los Yalies. Pero con vino fino o sin vino fino, la Facultad de Derecho de Yale se habría de convertir en la envidia de todas las otras, un imán para los estudiantes mas brillantes del país y del mundo—una vez más, gracias al increíble contacto de Owen con Latinoamérica, y debo decir, al trabajo de Bo también.

La exuberancia y lo verde obviamente eran buenos—lo suficientemente buenos como para atraerme para unírmeles después, en una manera en que Chicago no me atraía, al menos no durante el tiempo en el que estuve enseñando por algunos años. Resultó entonces, que la elección de Owen fue mi elección también. Pero creo que lo que fue una elección fácil para Owen, me dejó a mi con una especie de sentimiento de culpa, de valorar el papel de un lugar como Chicago, en donde las praderas pueden ser

más ásperas y escasas, pero donde nadie se tiene que preocupar por aumentar de peso. No es que piense, claro está, que mis colegas de Yale han aumentado de peso. Eso de nuevo, es en parte gracias a Owen, quien siempre ha sido un ejemplo de intensidad e hizo que todos trabajaran arduamente para emularla. Pero a veces me pregunto si es que no trajo algo de esa intensidad desde Chicago.

2. Estado vs. Privado, o Brown vs. Shelley.

La perspectiva de Owen respecto al papel y la función de las cortes es bien sabida, y expresada por la excelente discusión de Víctor durante esta conferencia. Para recapitular la discusión brevemente, Owen ve al juez no simplemente como un árbitro que aclara disputas entre las partes, sino como un representante del estado, el cual tiene la tarea de decidir los casos a la luz de los valores públicos. Ella no elige los casos, debe escuchar con mucha atención a todos los lados del argumento, debe deliberar, y debe dar razones que expliquen su decisión—razones que están abiertas a la crítica del público. Estos procesos legitiman su papel como alguien que establece y efectúa los valores públicos y su objetivo no es la satisfacción y ni siquiera la paz entre los diferentes partes, sino la justicia.

Owen desarrolló esta posición respecto al papel del juez en un gran número de artículos, pero afiló particularmente sus puntos de vista en respuesta a lo que él llamo el Estilo de Chicago.² La personificación del Estilo de Chicago se dio en un ensayo escrito por el Profesor, y juez en ese entonces, Frank Easterbrook. Easterbrook aceptaba la concepción del juez como el encargado de resolver las disputas, y al hacerlo, igualaba la justicia con la maximización de la satisfacción de preferencia—un argumento muy al estilo Chicago. La respuesta de Owen fue que Easterbrook estaba en lo incorrecto, y que

²Owen M. Fiss, Justice Chicago Style, 1987 U. Chi. Legal Forum 1.

la concepción de Easterbrook no era en lo absoluto lo que los jueces deberían estar haciendo, es decir, deberían de estar enunciando y poniendo en moción la efectución de los valores públicos. Ese papel había sido visto en los casos constitucionales que dispararon las grandes “reformas estructurales” de la desegregación de las escuelas en el sur de los Estados Unidos—seguido de acciones de derecho al voto, reformas penitenciarias y otras, todos estos casos sumamente importantes que alteraron los complejos procesos burocráticos y que eran prácticamente incompatibles con el pequeño modelo de resolución de disputas entre dos partes en conflicto. De hecho, el modelo del Juez de Owen era el de las figuras icónicas de la era de los derechos civiles en los Estados Unidos: Frank Johnson, un juez federal en Montgomery, Alabama, quien instituyó reformas sistemáticas para la desegregación con mucha paciencia, estricto decoro, deliberación razonada sobre los principios constitucionales, y—sin ser lo menos importante—gran valentía personal.³

Tal como Frank Johnson es el juez icónico para la posición de Owen de las cortes como enunciadore de los valores públicos y constitucionales, tal es el caso *Brown vs. Junta de Educación*⁴--en 1954 la decisión de la Suprema Corte de que la segregación de las escuelas públicas es una violación de la Enmienda Catorce que requiere que los cuerpos y actores públicos brinden igual protección de las leyes a todos los que estén bajo su jurisdicción. Brown mismo inició el gran drama de la desegregación de las escuelas en el sur, pero más allá de eso, “liberó”⁵ una serie de obstáculos a todo tipo de segregación racial en otros dominios: parques públicos, y otras instituciones públicas, elecciones, acomodaciones públicas tales como hoteles y restaurantes, y finalmente: residencias. La desegregación por estos medios llevó a una

³ Owen M. Fiss, *The History of an Idea*, 78 *Fordham L. Rev.* 1273-1274 (2009-2010)

⁴ 347 U.S. 483 (1954)

⁵ Owen M. Fiss, *The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after Brown v. Board of Education*, 41 *U. Chi. L. Rev.* 742 (1973-1974)

gran resistencia y en ocasiones a confrontaciones violentas a lo largo de 1950, 1960, y 1970. La legislación también fue importante para la efectución de la desegregación. Las leyes de derechos civiles de la época tocaban profundo en las áreas de actividades empresariales y de propiedad privada, y ese hecho ayudó a desenterrar un asunto legal que había asolado muchos de los esfuerzos previos de desegregación: la llamada doctrina “acción estado”, de acuerdo a la cual la Enmienda Catorce se refería únicamente al trato desigual por parte de los oficiales públicos.⁶ El caso Brown, entonces, y todos los grandes casos de reforma institucional que le siguieron, dieron el peso de la ejemplificación de la perspectiva de Owen respecto a las cortes y su función adecuada.

Mientras Owen desarrollaba y elaboraba su opinión respecto al papel de los jueces, yo me encontraba deslizándome hacia la vida académica legal, un poco a mi sorpresa y seguro también a sorpresa de mis profesores de leyes. También me encontré interesándome particularmente en derecho de propiedad, probablemente debido a la maravillosamente penetrante clase de propiedad de Owen durante mi primer año. Pero estoy segura que también estuve influenciada por el resto de mi educación en la Universidad de Chicago. El Derecho de Propiedad es de alguna manera un tema por antonomasia del estilo de Chicago, todo sobre inversiones, planeaciones compras y ventas. La institución de la propiedad supone incentivar los esfuerzos y la administración cuidadosa con la posibilidad de riqueza, mientras que castiga el descuido y la pereza con el látigo de la pobreza. El Derecho de Propiedad, en ese sentido es privado por antonomasia, toda la avaricia que la Escuela de Chicago supuestamente celebra, y no mucho de lo que anima la concepción de Juez de Owen: valores públicos y constitucionales.

⁶ Id., at 743-748.

Por otro lado, hay una cualidad pública de la propiedad. A diferencia de un contrato, que involucra principalmente a los partidos del contrato mismo, la propiedad tiene al propietario como uno reconocido como tal por todos; la Propiedad es “buena contra el mundo” en la frase común, el público absoluto. Además, la búsqueda de riquezas, tan incentivada por la Propiedad, tiene un objetivo público final, aunque no sea uno muy elevado—es decir, no sólo la riqueza de los individuos, sino la riqueza de las naciones. Finalmente, como diría mi colega Bob Ellickson, nadie hace revoluciones sobre agravios, o contratos o si quiera procedimientos civiles, pero si se luchan revoluciones por pobreza.

La gente lucha revoluciones por constituciones también, lo que vincula estrechamente a la propiedad con los valores públicos y constitucionales. Lejos de una revolución, sin embargo, el asunto más común en derecho constitucional sobre propiedad cae sobre la categoría ley de “expropiación”, no sólo en los Estados Unidos pero en muchos otros países también, tal como Sudáfrica. La cuestión principal en los casos de “expropiaciones” es si la acción del gobierno afecta la propiedad de un individuo de manera que requiera compensación al propietario. Igual que la mayoría de los profesores de Derecho de Propiedad en los Estados Unidos, me encontré a mi misma escribiendo algunas cosas sobre la cuestión de expropiaciones, a pesar de que generalmente son imposiblemente vagas. Pero mi principal encuentro con el Derecho constitucional de propiedad vino de otro tema completamente, un tema que siempre está a la mano en la obra de Owen: la legitimidad (o ilegitimidad) constitucional de las restricciones basadas en raza. En mi caso, tales restricciones raciales eran respecto a la titularidad de la propiedad privada.

El icónico caso de Brown vs. Junta de Supervisores tiende a dirigir a los investigadores y comentaristas a cuestiones respecto al estatus constitucional de los

actores gubernamentales y las instituciones, especialmente en torno a segregación. Pero mi caso icónico no fue Brown. Fue el de Shelley vs. Kraemer, un caso de la Suprema Corte que fue dictado seis años antes de Brown.⁷ En el caso de Shelley, el asunto no era la segregación impuesta por los actores gubernamentales, sino la segregación basada en decisiones privadas respecto a propiedad privada. De manera más específica, el caso de Shelley trataba sobre el estatus constitucional de las restricciones raciales sobre propiedad. Estas restricciones propietarias eran instituidas normalmente por los desarrolladores originales de lo que en ese entonces eran nuevas subdivisiones, y estaban diseñadas para “huir con la tierra”, de manera que cualquier propietario actual y futuro de la subdivisión estuviera obligado a mantener la propiedad lejos de las manos de minorías raciales. Las minorías en cuestión eran principalmente afroamericanos, pero en algunos casos las restricciones raciales también estaban dirigidas a comunidades asiáticas, latinoamericanas y ocasionalmente “mongoles,” “asirios,” “semitas,” y los llamados “hindúes”.

Con respecto a las cláusulas de restricción racial, la cuestión de la “acción del estado” estaba muy presente en la época del caso de Shelley. Además, a diferencia de los desarrollos legales después del caso de Brown, Shelley no triunfó en alejar la cuestión de la acción de estado —lejos de eso; el caso únicamente complicó la cuestión. Shelley dictaminó que la aplicación judicial de estos arreglos de propiedad privada eran de hecho acción del estado bajo la Enmienda Catorce, pero no estaba muy claro el por qué. Durante décadas previas a Shelley, cualquier decisión importante de la Suprema Corte del Estado había dictaminado que las cláusulas raciales restrictivas en las subdivisiones y colonias no eran un acción del estado. Esto en contraste con la localización racial, instituida por los gobiernos locales para separar las razas en

⁷ 334 U.S.1 (1948)

comunidades residenciales; la localización racial había sido dictaminada como una acción del estado inconstitucional por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1917.⁸ Pero en los años siguientes, *Buchanan vs. Warely*, el caso de 1917 respecto a localización racial, corte tras corte estableció que las cláusulas racialmente restrictivas en las colonias y subdivisiones podían ser diferenciadas de la localización gubernamental; las cláusulas raciales eran meramente acciones privadas, y como tal eran, como un abogado estatal lo puso “ley constitución”. Incluso la Suprema Corte de los Estados Unidos estuvo de acuerdo, dictaminando en un caso en 1926 que las restricciones raciales eran privadas y por lo tanto no presentaban ningún problema constitucional para la jurisdicción de la corte de la Enmienda Catorce—no había tal “acción de gobierno.”⁹

Respecto al asunto de las cláusulas racialmente restrictivas, hasta el dictamen de *Shelley* en 1948, los jueces y las cortes no se comportaban con la deliberación cuidadosa y el razonamiento respecto a los valores públicos que Owen tanto valora en los procesos judiciales. Lejos de eso. En 1920, 1930, y 1940, los casos sobre cláusulas raciales estaban llenos de insultos casuales a las minorías y conclusiones fáciles respecto a cómo la integración racial de las colonias eliminaría el valor de las propiedades de los propietarios blancos. En ocasiones los jueces simplemente emitían censuras. Un ejemplo vino de la Suprema Corte del estado de Maryland, en donde la opinión de la corte estableció que el dictamen de la Suprema Corte de los Estados Unidos en contra de la localización racial era incomprensible. “[T]odos están de acuerdo”, dijo la Corte de Maryland, “[de] que se debe hacer algo” respecto al flujo de afroamericanos en las ciudades, dando a entender que ahora que la localización racial ya no estaba permitida, era cuestión de esperarse que los propietarios blancos quisieran

⁸ *Buchanan vs. Warley*, 245 U.S. 60 (1917)

⁹ *Corrigan vs. Buckley*, 271 U.S. 323 (1926).

proteger el valor de sus propiedades al imponer restricciones privadas excluyentes.¹⁰ Un patrón más general en los casos de cláusulas raciales, sin embargo, era que las cortes solo daban la atención necesaria a cuestiones de valores públicos. Un ejemplo notable de este tipo de formalismo vino de la Suprema Corte de California en 1919, no en el asunto de “acción del estado” sino en la cuestión de si las restricciones raciales sobre la propiedad eran una restricción irracional sobre enajenación. La corte de California inicialmente dictaminó que si, las prohibiciones en la venta de propiedad a afroamericanos era en efecto una restricción irracional sobre la enajenación; pero la corte luego cambió de opinión y dictó que las restricciones raciales sobre el “uso” de propiedad no eran restricciones sobre la enajenación en lo absoluto.¹¹ El resultado de este formalismo fue que los afroamericanos podían ser dueños de propiedades bajo cláusulas restrictivas raciales, pero no podían vivir en las casas de las que eran dueños. Por obvias razones, muy pocas personas estaban interesadas en comprar casas en las que no podían vivir.

De manera interesante, Chicago fue un área de cultivo de activismo respecto a las cláusulas de restricción racial tanto a favor como en contra. Un abogado quien aceptó que las restricciones raciales eran “prueba de constitución” era un abogado prominente de bien raíces y quien fue una figura central en la promoción de cláusulas raciales. Por otro lado, y de manera notable estaba el *Chicago Defender*, un periódico afroamericano con circulación nacional—incluyendo en sus lectores a muchas personas negras del sur, gracias a los porteros afroamericanos del ferrocarril que iba de Chicago a los estados del sur. El *Defender* mantuvo un ritmo estable de crítica respecto a las restricciones raciales, mientras la principal oposición legal a las cláusulas restrictivas raciales venía de la Asociación Nacional de Gente de Color (NAACP); la rama de

¹⁰ Meade v. Dennistone, 196 A. 330, 332-333 (1938)

¹¹ Los Angeles Investment Co v. Gary, 186 P. 596 (Cal. 1919).

Chicago estuvo entre las más activas en este tema, a pesar de que la demanda principal en Chicago estuvo eventualmente desplazada a favor de casos de otros estados.

El argumento principal de la NAACP era que las cláusulas racialmente restrictivas eran una violación de la prohibición de la Enmienda Catorce en el trato desigual de las razas. Pero la NAACP no tenía respuesta verdadera a la cuestión de la “acción del estado”, dado que las cláusulas raciales se originaron en acciones privadas y no en acciones de gobierno. La Suprema Corte de los Estados Unidos tampoco tuvo una respuesta. El caso Shelley se decidió por seis de los nueve jueces, después de que tres jueces se auto descalificaron del dictamen, presuntamente porque todos vivían en casas que tenían las cláusulas racialmente restrictivas. Los seis que permanecieron simplemente afirmaron que la aplicación judicial de las cláusulas era una “acción del estado” inconstitucional sin decir cómo esta aplicación judicial se diferenciaba de la aplicación rutina de cualquier contrato ordinario en contra de un traspaso.¹²

Además, a diferencia del prodigiosamente productivo caso Brown seis años después, el caso Shelley no llegó a ningún lugar. Las cortes no pudieron aplicar las cláusulas racialmente restrictivas después del caso, pero el dictamen no hizo ilegales estas restricciones y muchos de los profesionales de bienes raíces continuaron incluyéndolas en sus contratos después de 1948. A pesar de que las cortes no aplicaran las restricciones legales, las restricciones aún podían ser utilizadas—presuntamente para enviar un mensaje a las minorías de que no eran deseadas en una comunidad de blancos. Cuando el congreso finalmente hizo ilegales estas restricciones, lo hizo sin hacer referencia al caso de Shelley.¹³

Y así, el conflicto sobre las restricciones raciales de propiedad no produjo ninguna opinión judicial resonante, ni ningún Fran Johnson, y muy pocas reflexiones

¹² Para algunos de estos asuntos, véase, Richard R. W. Brooks and Carol M. Rose, *Saving the Neighborhood: Racially Restrictive Covenants, Law and Social Norms* 140-145, 171-172 (2013).

¹³ *Id.*; véase también 177-186.

judiciales respecto a los valores públicos, principalmente de los jueces en niveles muy bajos de las cortes municipales. Mi opinión sobre este asunto es la siguiente: los valores públicos estaban en la línea, pero no se trataba tanto de derecho constitucional, especialmente de la cláusula de la Enmienda Catorce sobre protección igual, sino sobre Derecho de propiedad. Existe una larga tradición en el Derecho Consuetudinario de nocividad que una persona no puede ser nocivo simplemente por ser quien es. Una nocividad jurídica tiene que involucrar algún tipo de actividad nociva, y una queja no puede estar basada simplemente en características personales. Al mismo tiempo que las restricciones raciales prevalecían en las bienes raíces en Estados Unidos, hasta los jueces del sur permitían este tipo de entendimientos.¹⁴ Las cláusulas de restricciones raciales partían de este valor público instalado en el Derecho de Propiedad, en efecto el permitir que los miembros de una minoría fueran tratados como molestias nocivas por ser quienes eran. De la misma manera, el Derecho de Propiedad en Estados Unidos ha sido cauteloso con las restricciones arbitrarias en la transmisión gratis de propiedad de una persona a otra, una tradición que se personifica en desventaja de lo que se conoce como “restricciones de enajenación.” Las restricciones raciales violaban esa tradición también. Estos argumentos surgieron en las largas batallas legales en contra de las cláusulas restrictivas, pero no se les puso mucha atención.¹⁵

De este modo, al trabajar con el tema de las cláusulas de restricción racial, pensé que este tema muy al estilo Chicago del Derecho Privado—la compra y venta de bienes raíces—en efecto levantaba asuntos de valor público. Me parece que Owen está en lo correcto: el Derecho Privado se involucra con valores públicos también. Pero entonces uno se tiene que hacer esta pregunta: ¿por qué esos valores no fueron más escuchados en las décadas de luchas legales en contra de las cláusulas de restricción racial?

¹⁴ Brooks and Rose, *Saving the Neighborhood*, *supra*, 31-34.

¹⁵ *Id.*, 56-62.

He aquí una respuesta: fue porque los argumentos de la Enmienda Catorce de Derecho Constitucional los silenciaron. La “igual protección” era una rúbrica fácil de usar, pero en realidad, la discusión de la enmienda catorce era una muy estéril. La discusión respecto al Derecho de Propiedad, por otra parte, pudo haber sido muy fructífera. Una discusión de Derecho de Propiedad pudo haber redirigido los argumentos a terreno constitucional, pero hacia la enmienda trece, la cual abrogaba la esclavitud para todos los actores, y no predicaba ser acción de estado. Los esclavos no eran sólo la propiedad de alguien más. Ellos mismos no podían tener propiedades porque el poseer propiedades ofrece una vía fuera de la esclavitud. Por lo tanto una discusión de Derecho de propiedad podría haber tratado las cláusulas de restricción racial como una placa continua de la esclavitud hasta 1940, mucho después de que las enmiendas hechas después de la Guerra Civil supuestamente abolieran la esclavitud. Y, de manera incidental, una discusión sobre Derecho de propiedad en la época hubiera servido también en el contexto de la Guerra Fría, que estaba muy presente en las mentes de los políticos de Estados Unidos en 1948, cuando se dio el fallo de Shelley. El Departamento de Estado exigía un dictamen en contra de las cláusulas de restricción racial con las bases de que la segregación racial—privada o no—hacía que los Estados Unidos se viera mal ante los ojos del mundo. Un enfoque en los aspectos liberacionistas de la posesión de propiedad pudo haber sido útil en este contexto diplomático también, una linda defensa del capitalismo en la lucha internacional contra el socialismo autoritario.¹⁶

Lo que Shelley y la historia de las cláusulas de segregación racial me enseñaron, entre otras cosas, fue que nuestras instituciones judiciales pueden perder oportunidades para explicar y efectuar valores públicos. Eso fue lo que pasó con Shelley, y creo que

¹⁶ Id., 138-139, 176.

una de las razones fue que la idea constitucional de igual protección silenció lo que pudo haber sido una explicación mucho más relevante respecto a los valores públicos—los valores públicos personificados en sujetos aparentemente tan prosaicos como la propiedad y el contrato.

Pero esto me lleva a mi último tema vinculado con Chicago: el papel del mercado en los valores públicos.

3. El foro (judicial) vs. El mercado

En muchos de sus escritos, Owen contrasta las cortes con el mercado, describiendo al mercado como el medio para la satisfacción de preferencias—o como creo debo decir, únicamente la satisfacción de preferencias. Eso es lo que las personas hacen al comprar y vender: Yo cambio mi X por tu Y, porque quiero tu Y más que mi X, y tú quieres mi X más que tu Y. Con el intercambio, a todos nos va mejor. Todo es muy simple y no muy elevado. Las legislaturas generalmente no salen beneficiadas en la obra de Owen. A pesar de que ocasionalmente ejercitan un papel mucho más orientado al valor, una de las tareas principales es la de corregir las llamadas “fallas del mercado”—tales cuestiones como efectos indeseados de terceras partes—para que una gama más amplia de preferencias pueda ser satisfecha. Pero claro, cuando Frank Easterbrook, el pensador por antonomasia de la Escuela de Chicago, argumentó que el papel adecuado no sólo del mercado, sino de las cortes también es la satisfacción de preferencias, sabemos lo que Owen hizo, entró en modo de combate, sitiando a la Escuela de Chicago.

Al argumentar que el papel de la Corte no es una búsqueda por la maximización de preferencias sino por justicia, Owen algunas veces hace la distinción entre las mismas Cortes. La toma de decisiones constitucional es la ubicación icónica para la

búsqueda de las cortes por valores públicos, dado que esos valores están representados en la Constitución misma. Pero a parte de eso Owen ha hecho énfasis en las acciones de las cortes en su jurisprudencia de “igualdad” en vez de en su modo de “ley”, reflejando la antigua distinción entre las cortes de derecho consuetudinario por una parte, que formaban las reglas legales y la letra de la ley, y las cortes de capital por otra, las cuales tenían como tarea el hacer justicia en los casos en los que las reglas legales estándares eran inadecuadas. La jurisprudencia de capital es mucho más demandante para los jueces porque tienen que medir consideraciones de imparcialidad y justicia incluso mucho más allá de las reglas legales, y porque pueden usar una serie de remedios de capital que puedan involucrarlos por largos periodos de tiempo en lidiar con múltiples asuntos de un caso dado. Esto ha sido particularmente cierto en las cortes que han tenido grandes obstáculos de reforma institucional, como las reformas de segregación y penitenciaria.

Tal como Owen escribió en el prólogo del Harvard Law Review de su artículo sobre la temporada de 1978 de la Suprema Corte, a lo largo de décadas después de los grandes casos civiles, hubo una reacción adversa en contra del involucramiento de las cortes en la reforma institucional.¹⁷ Uno puede ver esto como una variante del argumento de que las reglas del derecho consuetudinario son más apropiadas para las cortes que para la jurisprudencia de capital. Aquí también, Fran Easterbrook y la Escuela de Chicago podrían ser contados como parte de esta reacción adversa; sólo unos cuantos años después del prólogo de Owen, Easterbrook argumentó en otro prólogo de Harvard, que el enfoque ex ante de las reglas fijas es una manera mas apropiada de entender la ley que la de una consideración ex post de imparcialidad.¹⁸ El artículo de

¹⁷ Owen M. Fiss, Foreword: The Supreme Court 1978 Term: The Forms of Justice 93 Harv. L. Rev. 1, 4-5 (1979).

¹⁸ Frank H. Easterbrook, The Supreme Court 1983 Term—Foreword: The Court and the Economic System, 98 Harv. L. Rev. 4 (1984).

Easterbrook demostraba una vez más, que al apoyar el involucramiento de las leyes en casos complejos de capital, y al enfatizar su preocupación por la justicia, Owen estaba comprometido con un continuo sitio contra Chicago.

Pero hay algo más a esta historia. Permítanme regresar a la clase de Owen de Derecho de Propiedad, muchos años antes en la Universidad de Chicago. Una de las cuestiones que Owen discutió en la clase con bastante profundidad fue otro tema financiero del cual yo no sabía nada al respecto: los préstamos hipotecarios en la compra de bienes raíces. La versión antigua, casi medieval de prestar estaba basada en lo que más tarde se llamó “la teoría del título” el prestamista, en vez del prestatario, tenía un título de un pedazo de propiedad, y sólo podría regresar el título al prestatario después de que el préstamo estuviera completamente pagado. Si el prestatario incumplía con el pago, el prestamista se quedaba permanentemente con la propiedad, junto con cualquier pago previo que el prestatario hubiera realizado. Esto le daba gran seguridad a los prestamistas, pero podía presentar un gran peso para los prestatarios, especialmente para aquellos que ya habían pagado importantes cantidades. Para el siglo diecisiete y dieciocho, las cortes de capital inglesas y estadounidenses protegían a los prestatarios de la pérdida, dándoles un plazo más largo para pagar, y en caso de que en realidad no pudieran pagar, regresándoles las cantidades de dinero que fueran más de las que pidieron a los prestatarios. Pero, tal como aprendí en la clase de Owen, esa ayuda de capital de la letra de la ley, la conocida “teoría de lien” de hipotecas no era realmente estable. Al menos para finales del siglo diecinueve los prestamistas habían reinventado una nueva versión de la teoría del título, llamada el “contrato de tierra a plazos,” en el cual el prestamista, de nuevo tenía el título de la propiedad hasta que el prestatario hubiera pagado la deuda entera, poniéndolos en riesgo de perderlo todo. Era un riesgo que muchos de los prestatarios de bajos ingresos aceptaban, porque no tenían otra

opción. Esta historia, de nuevo, tiene una conexión con la ciudad de Chicago: algunos años antes de que me sentara en la clase de Owen, algunas familias de clase baja en los barrios de Chicago, principalmente afroamericanas, habían demandado los contratos de tierra por plazos en base al derecho civil y al derecho de equidades. Owen nos hizo leer una parte de el caso de Contrato de la Liga de Compradores, en el que una vez más vimos el la teoría del título del préstamo de hipoteca hacer su trabajo, y en donde vimos los obstáculos en términos de derecho de capital y derecho civil que este tipo de prácticas generaba.¹⁹ Owen también nos asignó material sobre una serie de casos en California, en donde las cortes de california primero aceptaron los contratos de tierra a plazos, pero luego impusieron la teoría de “lien”, regresándole al prestatario cualquier suma de dinero más allá de su deuda. Pero hoy en día en Arizona, se pueden ver carteles anunciando en barrios menos acomodados la frase “Rente para Comprar”—aun otra manifestación de la teoría del titulo sobre la teoría lien de capital de hipotecas. Los prestamistas del “rente para comprar” toman el título hasta que los compradores—convenientemente caracterizados como “arrendatarios”—han pagado el precio completo de compra, y perderán todos los pagos si no cumplen. Años atrás, en la clase de Owen, yo estaba impresionada por este patrón oscilante, este ir y venir entre la teoría del titulo y la teoría de capital lien del préstamo—el derecho vs. Capital, estrictas reglas ex ante vs imparcialidad ex post. Guardé la lección en mi mente por alrededor de quince años, mucho después de que yo misma comenzara a dar clases de propiedad, y después de darme cuenta que había patrones similares en otras áreas de el Derecho de Propiedad. Escribí un articulo sobre estos patrones al final de los 80s llamado, “Cristales y lodo en el Derecho de Propiedad,”²⁰ e incluso se convirtió en algo modestamente famoso; pero

¹⁹ Contract Buyers’ League v. F. & F. Investment, 300 F. Supp. 210 (N.D. Ill. 1969).

²⁰ 40 Stan. L. Rev. 577 (1988)

en realidad estaba basado en la idea de Owen. Le mandé una versión del artículo y se lo dije.

Pero dadas mis raíces en Chicago, descubrí que no lo podía dejar solamente así. Owen estaba realizando un sitio al imperialismo de preferencias de la Escuela de Chicago, distinguiendo claramente la búsqueda de los jueces por justicia y el enfoque del mercado en la satisfacción de preferencias. Pero me encontré preguntándome si el mercado mismo tendría algunos aspectos del capital o públicos. Evidentemente muchos académicos lo habían pensado en el pasado. Me encontré cada vez más interesada en los escritores de la ilustración escocesa del siglo dieciocho, personajes como David Hume, James Stuart, y Adam Smith. Tuve el apoyo del gran historiador de Princeton Albert Hirschman, quien revivió el interés en la idea del siglo dieciocho de que el comercio era “gentil” y que las transacciones de mercado funcionaban para suavizar y mejorar las buenas costumbres.²¹ He pasado gran parte de mi carrera trabajando en este tipo de idea, en un esfuerzo por rescatar al mercado de los extremos del modelo puro de satisfacción de preferencias. En efecto, si las transacciones del mercado no fueran más que simple satisfacción de preferencias, no tendríamos mercados en lo absoluto: nunca iríamos más allá de los esfuerzos de las partes por maximizar sus preferencias tomando lo que sea que el otro tiene. ¿Por qué intercambiar X por Y, si puedes tomar Y y quedarte con X también? Pero el tomar propiedades no es una transacción del mercado. Las transacciones del mercado implican confianza y cooperación en empresas mutuamente beneficios—no solamente el interés propio pero lo que los pensadores norteamericanos del siglo diecinueve llaman “el interés propio entendido correctamente.”

²¹ Albert O. Hirschman, *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before Its Triumph* 58-63 (1977).

Nada de esto suena muy elevado, pero al menos un sentido de justicia es una parte normal de la actividad del mercado. En efecto, he intentado presentar la propiedad y el comercio como una especie de escuela de conciencia de derechos y de toma de decisiones democráticas. Para realizar un intercambio, uno debe reconocer los derechos de los otros y debe poner atención a sus necesidades; uno también debe alejar los desacuerdos divisivos en asuntos que no son relevantes a la realización de los intereses mutuos, en cambio uno debe enfocarse en asuntos en donde la cooperación es posible. Además de eso, las relaciones de mercado nos acercan a personas que de otra manera no conoceríamos, y nos instan a aprender más sobre esas otras personas; en muchos casos las transacciones de mercado son los pasos iniciales en la formación de asociaciones duraderas y en algunos casos amistades cercanas.

Tales practicas son análogas al proceso de toma de decisiones de los autogobiernos democráticos. Como he argumentado en juntas de SELA previas, no contamos con muchas instituciones que nos eduquen en las practicas necesarias para una toma de decisiones democrática, y es esencial que nos enfoquemos en esta institución importante que si tenemos. ¿Hay abusos en las transacciones de mercado? Claro que las hay, pero hacer trampa y tomar ventajas no es lo que hace que el mercado funcione, justo lo opuesto, perjudican al mercado en vez de definirlo. De hecho, estos abusos no definen a las transacciones de mercado mas que los abusos judiciales como la corrupción y la negligencia definen a los jueces.

Con esto, permítanme concluir donde comencé. Creo que Owen lleva mucho más de Chicago en él de lo que aparenta en la superficie. Chicago ha estado en su mente, al menos para sitiar a esa formidable fortaleza: la Escuela de Chicago de Derecho y Economía. Por otra parte, como producto de esa escuela, he intentado retirar el sitio impuesto al reconfigurar la fortaleza misma, con la esperanza de que pueda abrir

una que otra puerta y ventana para dejar caer el puente a lo largo de la fosa, y tal vez convencer a algunos de que los que impusieron el sitio y los sitiados, en realidad tienen mucho en común. Pero mis esfuerzos comenzaron con lo que aprendí de Owen, quien habló no sólo de justicia, sino de flujos de efectivo e hipotecas aquellos años atrás, en el corazón de la fortaleza, en su clase de Derecho de Propiedad en la Universidad de Chicago.