



U N I V E R S I D A D D E C H I L E
F A C U L T A D D E D E R E C H O
Departamento de Ciencias del Derecho

EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO: ESCUELA DE DERECHO.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

EVELYN PATRICIA CAMPOS FLORES
BÁRBARA SEPÚLVEDA HALES

Profesor Guía: Juan Antonio Ormeño Karzulovic

SANTIAGO DE CHILE
SEPTIEMBRE 2013

INDICE

INDICE.....	0
INTRODUCCIÓN.....	3
Capítulo I. EL REALISMO JURÍDICO.....	10
1.1 Realismo Escandinavo	11
1.2 Realismo Soviético	14
1.3 Realismo Norteamericano	17
Capítulo II. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.....	20
2.1 La Academia Realista en los Estados Unidos.....	20
2.2 Principales exponentes.....	24
2.2.1. Roscoe Pound (1870-1964).....	24
2.2.2. Karl Llewellyn (1983-1962)	28
2.2.3. Oliver Holmes (1841-1935).....	30
2.2.4. Jerome Frank (1889-1957)	34
2.3 Premisas Filosóficas	36
2.3.1 La crítica a la Filosofía del Derecho: el anti-formalismo.....	41
2.3.2 El escepticismo ante las normas	47
2.4 El lenguaje jurídico y el formalismo.....	50
2.5 El escepticismo ante los hechos.....	57
2.6 La crítica al Common Law	59
2.7 El Juez y la Administración de Justicia.....	65

2.7.1.	Las decisiones judiciales: Un paso más allá.....	69
2.7.2.	La interpretación del Derecho	75
2.7.3.	¿Una sola respuesta jurídica correcta?	76
2.7.4.	¿Es el Derecho un sistema?	81
2.7.5.	Discrecionalidad no es arbitrariedad.....	83
2.7.6.	La “Jurisprudencia Sociológica” de Roscoe Pound	87
2.8	La estaticidad y la dinamicidad del Derecho.....	91
2.9	La adaptación de la estructura legal a las condiciones determinadas de una sociedad.....	94
	CONCLUSIÓN	96
	BIBLIOGRAFÍA.....	102

INTRODUCCIÓN

A finales del siglo XIX y ya más decididamente en los albores del siglo XX, en el seno de la comunidad jurídica estadounidense, se desarrolla un movimiento que reúne a diversas, reconocidas y legitimadas personalidades, quienes, durante ese período, manifestaron y asentaron sus insatisfacciones con los métodos empleados y, principalmente, con la ideología jurídica dominante de la época. Esta nueva corriente de pensadores, con clara inspiración pragmática, formuló y desarrolló sus ideas en torno a una concepción funcional o instrumental del Derecho, la que coincidió justamente con expresiones progresistas de un pensamiento político, crítico y alternativo a la cultura jurídica estadounidense, hasta entonces hegemónica.

La realidad socioeconómica que, por aquellos años previos a la crisis de 1929, comenzaba a desarrollarse a un ritmo frenético, propició, entre los intelectuales, una posición crítica respecto a las condiciones en que el fenómeno socioeconómico acaecía. De hecho, para algunos autores, las convenciones positivistas que regían el ámbito económico, a pesar de su ceguera y terquedad ante las problemáticas reales, servían como demostración a la necesidad de postular una crítica a las bases argumentales de la ciencia decimonónica, por lo que el nuevo pensamiento crítico que se estaba configurando se trató, coherentemente, de una traslación al dominio jurídico de desarrollos epistemológicos que, en esos

momentos, se producían en otros ámbitos del conocimiento. Así, esta contracultura apareció, en el derecho estadounidense, como un movimiento de “revuelta contra el formalismo”.

En efecto, la aceleración de los cambios sociales (estructura social, instituciones, actitudes, valores, etc.) puso de manifiesto la insuficiencia de los métodos dogmáticos y tradicionales, para adaptarse a la creación y aplicación del Derecho ante las nuevas condiciones y demandas sociales. Precisamente, este cambio cultural del que venimos hablando, es lo que se ha denominado tradicionalmente como “realismo jurídico”.

Para contextualizar el desarrollo de los contenidos de esta tesis, expondremos las diferentes conceptualizaciones del Derecho que han adoptado la nominación de “realismo jurídico” y, de todos ellos, desarrollaremos en particular el realismo jurídico norteamericano, sus premisas filosóficas y los principales problemas teóricos que éste plantea.

Resulta necesario señalar que son pocos los autores latinoamericanos que han hecho un estudio acabado sobre esta doctrina. En la mayoría de los textos disponibles podemos encontrar breves descripciones y, con ocasión de ellas, exposiciones más bien genéricas sobre las doctrinas de este movimiento o sus autores, pero no mucho más. El intento de esta tesis, en cambio, orienta sus esfuerzos a exponer el

realismo jurídico norteamericano con todas sus aristas y matices, en un solo trabajo, sistemática y sintéticamente.

Acogemos en estas líneas, adicionalmente, la proposición de que el realismo jurídico norteamericano es una Escuela de Derecho y, desde aquella premisa, exponemos a todos sus autores, haciendo las necesarias distinciones teóricas entre ellos. Sostendremos, necesariamente, que es una Escuela, dada la cantidad de premisas filosóficas básicas que comparten entre sí sus autores. En efecto, aún prescindiendo de las marcadas diferencias doctrinales específicas, o bien, las distancias generacionales que median entre ellos, sus tesis fuertes confluyen y son susceptibles de alinearse conjuntamente, en atención a la influencia que ejercieron en la vida académica e intelectual de Estados Unidos y en una vasta producción de doctrina jurídica crítica, la cual constituye una nueva perspectiva en la comprensión del derecho.

<<La Escuela del realismo jurídico estadounidense>> logra cuestionar los cimientos fundamentales de la concepción de la función judicial como una actividad meramente declarativa, como una simple operación lógico-deductiva, esencialmente mecánica, contribuyendo inexorablemente en la adopción de un criterio proactivo de la práctica jurídica, cuya fuerza creadora no se agota en la adecuación de la conducta a la norma, sino

principalmente, influye en el carácter modificadorio de la realidad con el cual la decisión judicial interviene.

En síntesis y en razón de lo sostenido, esta tesis pretende abarcar al *Realismo Jurídico* en su totalidad y que, desde esta óptica, se reconozca la importante influencia que esta Escuela significó para el desarrollo y la evolución de las diferentes escuelas de derecho de Estados Unidos.

Finalmente, hemos de señalar nuestro plan de exposición, el cual dispone que, el cuerpo de este trabajo, esté compuesto por dos capítulos. El primero tendrá por finalidad establecer un acercamiento al *Realismo Jurídico* en todas sus versiones. El segundo capítulo, por su parte, estará destinado al realismo jurídico norteamericano, sus principales exponentes, las premisas filosóficas que confluyen. Así pretendemos, hacia el final, dar sustento a nuestra tesis propositiva y analítica del por qué el realismo jurídico es y debe ser reconocida como una Escuela de Derecho, claramente definida por sus presupuestos filosóficos unívocos.

En los Estados Unidos de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se desarrolla en el seno de la comunidad jurídica un movimiento donde diversas personalidades reconocidas y legitimadas comenzaban a manifestar su insatisfacción con los métodos y la ideología jurídica dominante. Estos autores jurídicos anunciaban el surgimiento de un pensamiento de clara inspiración pragmática, apoyado en una concepción funcional o instrumental del Derecho, lo cual coincide con la expresión progresista de un pensamiento político y jurídico crítico y alternativo. La realidad socioeconómica del país propició entre los intelectuales una postura crítica y para algunos autores, se trataría de una traslación al dominio jurídico de desarrollos epistemológicos que en esos momentos se producían en otros ámbitos del conocimiento, lo cual fue denominado como “revuelta contra el formalismo”. La aceleración de los cambios sociales (estructura social, instituciones, actitudes, valores, etc.) puso de manifiesto la insuficiencia de los métodos dogmáticos para ir adaptando la creación y aplicación del Derecho a las nuevas condiciones y demandas sociales.

Para contextualizar el desarrollo de los contenidos de esta tesis, expondremos los distintos realismos jurídicos que existen y, de todos ellos, desarrollaremos en particular el realismo jurídico norteamericano, sus premisas filosóficas y los principales problemas teóricos que éste plantea. Son pocos los autores latinoamericanos que han hecho un estudio acabado sobre esta doctrina. En la mayoría de los textos podemos encontrar breves

descripciones, y en muchas ocasiones en términos generales, sobre este movimiento o sus autores. El intento de esta tesis es exponer el realismo jurídico norteamericano con todas sus aristas y matices en un solo trabajo.

Acogemos la proposición de que el realismo jurídico norteamericano es una Escuela de Derecho y desde allí presentamos a todos sus autores, haciendo las distinciones teóricas entre ellos. Sostendremos que es una escuela dada la cantidad de premisas filosóficas básicas que comparten entre sí sus autores, y que ni siquiera prescindiendo de sus marcadas diferencias doctrinales e incluso generacionales, podrían confluír y alinearse conjuntamente dada la influencia que ejercieron en la vida académica e intelectual de Estados Unidos y en la producción de una vasta doctrina jurídica crítica. Esta nueva perspectiva del derecho logró cuestionar la concepción de la función judicial como meramente declarativa, como una simple operación lógico-deductiva, claramente mecánica.

Esta tesis pretende abarcar al Realismo Jurídico en su totalidad, y que desde este marco, se reconozca la importante influencia que esta Escuela significó, para el desarrollo y la evolución de las diferentes escuelas de derecho de Estados Unidos.

El cuerpo de este trabajo está compuesto por 2 capítulos; en primer lugar, comenzaremos con un acercamiento al realismo jurídico en todas sus versiones, posteriormente, nos abocaremos al realismo jurídico norteamericano, sus principales exponentes, y las premisas filosóficas que confluyen y por la tanto el sustento de nuestra tesis de por qué el realismo jurídico es y debe ser reconocida como una Escuela de Derecho.

Capítulo I. EL REALISMO JURÍDICO.

El realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal.

El realismo jurídico deja de lado toda celestialidad dogmatico-esencialista. Encara a las normas jurídicas tal como son, es decir reconociendo sus indeterminaciones lingüísticas, y toma decisivamente en cuenta los resultados efectivos que cada norma tiene o no en la realidad social.¹

Esta doctrina filosófica ha tenido diversas manifestaciones en diferentes países, adquiriendo así características propias y distinguiéndose el uno del otro, no obstante manteniendo una congruencia en sus bases teóricas. Luego, es posible distinguir el realismo escandinavo, soviético y

¹ HABA, Enrique. Metodología realista crítica y ética del razonamiento judicial. En Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho n°25, 2002. pp.22.

norteamericano. Dedicaremos los siguientes párrafos a describir brevemente, y a modo de contextualización, cada uno de ellos.

1.1 Realismo Escandinavo

Se denomina realismo escandinavo a aquella corriente de la teoría jurídica que surgió a comienzos del siglo XX en los países de Suecia y Dinamarca. Esta doctrina se caracteriza no sólo por su rechazo al iusnaturalismo, sino también al positivismo normativista y formalista. Frente a estos últimos, la crítica se centra en el método que utilizan en la elaboración de los conceptos jurídicos.²

Para esta escuela, el Derecho es un fenómeno psíquico colectivo, que consiste en la existencia de derechos subjetivos y deberes como algo diferente de la realidad empírica, los que caben sólo dentro del imaginario humano, de donde deriva su fuerza vinculante.³

Axel Hägerström (1868-1939), ha sido considerado como el fundador de esta escuela, creando en Suecia la Escuela de Uppsala, la que reaccionó frente al idealismo metafísico dogmático dominante, señalando, como una

² FASSÓ, Guido. Historia de la filosofía del Derecho. Ed. Pirámide. 3ª Edición. 1988. Vol. III. Madrid- España. 239pp.

³ Ibidem.

de sus ideas centrales, que el Derecho constituía una idea de poderes suprasensibles de carácter mágico y, por tanto, una idea falsa, siendo los conceptos de los que se sirve la ciencia jurídica entidades místicas o metafísicas a las que no corresponde ninguna realidad⁴.

Otros autores suecos siguieron los pasos de Hägerström, tales como Vilhelm Lundstedt (1832-1955) y Karl Olivecrona (1897-1980). El primero de ellos planteaba que las normas jurídicas no poseen realidad, pues los jueces deciden en base a reglas formuladas por ellos mismos en vista de la utilidad social, estas normas sólo sirven como proposiciones verbales. Por su parte, Olivecrona planteó que la esencia de la normas jurídica no es más que un modelo para la conducta del hombre compuesto por imágenes de acciones propositivas, las que no constituyen mandatos aunque se encuentren expresadas de manera imperativa. El mandato supone una persona que manda y otra a la cual se dirige, y aquí sólo existen 'aserciones', en el sentido de una acción a realizar.⁵ No se trata de la obediencia a una orden coercitiva, sino de imperativos impersonales que conforman la impresión subjetiva de que se debe obedecer. Termina este autor señalando que las normas jurídicas no son normas garantizadas por la fuerza, sino normas

4 HÄGERSTRÖM, Axel. *Philosophy and Religion*. Traducción al inglés por R. T. Sandin. Londres. Ed. George Allen & Unwin limited. 1964. 77pp. y ss.

5 OLIVECRONA, Karl. *Law as Fact ('El derecho como hecho')*. 1ª Edición. Ed. Labor. 1980. Barcelona- España. 17pp.

relativas a la fuerza ('rules about force'). De esta manera, concluye que el Derecho es la organización de la fuerza, y ésta a su vez, no es un medio para realizar el Derecho, ni constituye un objeto o contenido del mismo.⁶ La fuerza, entendida de este modo, se refiere a la convicción del sujeto que se constriñe a sí mismo en la realización de una conducta normada por la ley, en la creencia de que su incumplimiento acarreará una sanción. Es la sugestión, como fenómeno psicológico, la que operaría en el cumplimiento de la norma jurídica por parte de los ciudadanos, unida a la habitualidad de las prácticas y la función instrumental del lenguaje.

Esta última aseveración de Olivecrona es compartida por otro realista, el danés Alf Ross (1899-1979), para quien la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas es su propiedad determinante, por encima de la validez meramente formal y del contenido moral de las mismas. La interpretación de la vigencia del derecho sólo puede ser sostenible si se realiza una síntesis del realismo psicológico y el realismo conductista. Ross identifica su punto de vista como conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada del juez. Y es psicológico en cuanto la consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, cuya base es la hipótesis de un juez gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido

⁶ OLIVECRONA, Karl. Op.cit. 134pp.

conocemos⁷. Puesto que la ciencia del derecho se compone de normas, puede ser denominada normativa, pero para este autor, las proposiciones cognitivas no pueden consistir en normas. Tienen que consistir en aserciones referentes a normas, es decir, aserciones que enuncian que ciertas normas son 'derecho vigente'. El carácter normativo de la ciencia del derecho significa que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina compuesta de normas. Las normas jurídicas sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender estos actos como un todo coherente de significado y motivación. Para Ross, las normas son obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias.

1.2 Realismo Soviético

Para efectos de este trabajo, hemos identificado como realista la teoría jurídica de la Unión Soviética dadas sus premisas generales y el contexto histórico y socio-político en la que se desarrolla. En este sentido, la teoría del derecho soviético es una manifestación más del realismo socialista soviético, como movimiento político, cultural e intelectual en el marco de

⁷ ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Ed. Eudeba. Buenos Aires. 1970. Cap. II.

desarrollo revolucionario de la URSS. Este realismo jurídico se desmarca del norteamericano y escandinavo en cuanto su corte teórico no es liberal, a diferencia de éstos. El fundamento teórico del realismo jurídico soviético es la doctrina marxista-leninista, y tiene como base la idea de la superación del derecho burgués en cuanto herramienta de dominación de clase. La idea marxista de la extinción del Estado burgués y del derecho que lo legitima, puso luego de la revolución, el problema de abordar las complejidades jurídicas de un Estado socialista de transición hacia la sociedad comunista. La teoría marxista del derecho que Lenin habría comenzado a delinear fue abarcada y desarrollada por diversos teóricos, algunos contemporáneos a él y otros posteriores. Los principales exponentes del realismo jurídico soviético son los juristas Michael Andreevič Rejsner (1868-1928), Pëtr Stučka (1865-1932), Andréi Vysinskij (1883-1954) y Evgeny Pašukanis (1891-1937).

Luego de la revolución de 1917 la Unión Soviética comienza una reforma en la administración de justicia, creando tribunales populares y leyes para el nuevo orden jurídico. Entre los primeros juristas que comenzaron a generar teoría revolucionaria del derecho se encuentra Pëtr Stučka. Stučka concibió el derecho como el sistema de relaciones sociales concretas que corresponde a los intereses de la clase dirigente, protegida por la fuerza

organizada. 8 Fue uno de los impulsores del nuevo orden jurídico, creando un proyecto que establece que los tribunales deben aplicar los decretos del Consejo de Comisarios del Pueblo, su conciencia revolucionaria, y su conciencia jurídica revolucionaria y podrán aplicar la vieja legalidad sólo en cuanto no hubiese sido abolida por la revolución, ni estuviese en contradicción con los decretos de los órganos soviéticos, la conciencia revolucionaria o con los programas mínimos del partido revolucionario⁹.

Surgen en esta época juristas de inclinación psicologista y teóricos del derecho intuitivo. La aproximación marxista del derecho intuitivo basada en la conciencia jurídica revolucionaria fue esbozada por M. A. Rejsner. Este autor sostuvo que a cada sistema social de producción corresponde un determinado sistema de derecho. Por lo tanto, es para Rejsner necesario y legítimo sostener la existencia de un derecho comunista, transformando el derecho intuitivo en un derecho de clase¹⁰.

En 1919 la Unión Soviética declarará que su derecho oficial es el 'derecho proletario' propuesto por Stučka. Es entonces que surge el punto

8 STUCKA, Pétr Ivancovic. La función revolucionaria del derecho del Estado. Traducción de Juan Ramón Capella. Ed. Península. Barcelona, 1969. P. 180.

9 STUCKA, Pétr Ivancovic. Derecho y Revolución, 1974.

10 KELSEN, Hans. Teoría comunista del Derecho y del Estado. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Jurídica de Chile, 1970. Sección I, Trabajos científicos.

de partida para la reflexión de Pašukanis, para el cual era necesario identificar en qué medida este derecho proletario tiene resabios del derecho burgués y reproduce las relaciones de producción capitalistas. Este jurista descubre la esencia del derecho en su carácter económico, particularmente en el ámbito privado del intercambio de mercancías y le critica a Stučka que no distinga relación jurídica de relación social¹¹. Plantea que las reglas del derecho difieren de otras reglas de la conducta humana, ya que justamente lo que caracteriza a la relación jurídica es el hecho de equivalencia, basado en el intercambio de mercancías.

El derecho para Andréi Vysinskij es la totalidad de reglas de las conductas humanas, establecidas por el Estado como expresión de la clase dominante. El derecho se encuentra al servicio del pueblo en cuanto el aparato estatal lo resguarda mediante su obligatoriedad, manteniendo y desarrollando las relaciones sociales que son beneficiosas para la clase proletaria.

1.3 Realismo Norteamericano

La primera mitad del siglo XX alberga el surgimiento y apogeo del Realismo Jurídico Norteamericano. Se ha presentado con este nombre a las

¹¹ PASUKANIS, Evgeny. La teoría general del Derecho y el marxismo. Ed. Grijalbo. México, 1976.

teorías de un grupo de juristas estadounidenses, que no formaron escuela según la academia tradicional, pero son reconocidos en los libros de Historia del Derecho como parte del mismo movimiento. Estos juristas son Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), Roscoe Pound (1870-1964), Jerome Frank (1884-1957), Karl Llewellyn (1893-1962), Max Radin (1880-1950), Robert L. Hale (1884-1969), Morris R. Cohen (1880-1947), Felix S. Cohen (1907-1953) y W. Underhill Moore (1879-1949).

Quien ha sido identificado como precursor de los realistas norteamericanos es Oliver Wendell Holmes Jr., teniendo su obra una notoria influencia en los posteriores trabajos de dichos teóricos. A Holmes se le identifica como realista, a pesar de haber desarrollado su doctrina en una época anterior a la que se reconoce como propiamente realista.

El Realismo Jurídico Norteamericano logra tener éxito en los Estados Unidos, porque tiene el propósito de alcanzar una reforma legal liberalizadora, que en algunos casos sería reforma de índole constitucional y en otros de tipo legal. Sin embargo, una de sus principales consecuencias resulta ser el provocar un profundo cambio en la manera de pensar el Derecho para todos los involucrados. Jueces, abogados, juristas, académicos, resultan inspirados por una fuerte crítica, la compartieran o no, y se ven impulsados a modificar y revisar sus propias teorías y prácticas.

En los siguientes párrafos desarrollaremos esta clase de realismo jurídico, el cual representa el cuerpo y espíritu de este trabajo. Presentaremos el contexto histórico, descifraremos sus principales exponentes, argumentaremos la idea de que es posible sostener que existió una escuela realista y expondremos sus premisas filosóficas.

Capítulo II. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

2.1 La Academia Realista en los Estados Unidos.

Recién en la década de los setenta del siglo XX, por primera vez el realismo jurídico comienza a ser reconocido en la historia del derecho como una escuela crítica de las tradicionales concepciones formalistas del derecho. Entre sus principales aportes se encuentran (i) la falsedad de la idea de una total autonomía del derecho, (ii) la indeterminación de las normas jurídicas, (iii) su posible manipulación política, (iv) la impotencia del derecho para alcanzar cambios estructurales en la sociedad, (v) así como la imposibilidad del derecho de aprehender la complejidad social. De esto, podemos señalar que son presupuestos concretos que el realismo entiende como necesarios para el estudio del derecho, los siguientes:

1. La concepción del derecho como un *fluir*, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho.
2. La concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.

3. La concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más rápido que el derecho, de manera que siempre existe la probabilidad de que cualquier porción del derecho necesite ser reexaminada, para determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir.
4. El divorcio temporal entre Ser y Deber Ser a efectos de estudio. El argumento es sencillamente que no se puede hacer inteligentemente ningún juicio sobre lo que debería hacerse en el futuro con respecto a cualquier parte del derecho sin conocer objetivamente, tanto como sea posible, lo que dicha parte del derecho está haciendo en este momento.
5. La desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales.
6. Desconfianza hacia la teoría según la cual las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas son el factor operativo preponderante en la producción de decisiones judiciales.
7. La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado.
8. Una insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos, y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar esos efectos.
9. La insistencia en el ataque constante y programático sobre los problemas del derecho siguiendo cualquiera de estas líneas.

El iusrealismo no sólo se suma a la protesta en contra de la concepción teológica y metafísica del iusnaturalismo sino también a la reacción dirigida contra la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo.

Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén alertas a las realidades sociales, al fundamentar que es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, que requiere un conocimiento íntimo de los factores que forman e influyen al derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas. Cardozo (al igual que Holmes) enfatizó los límites de la utilización de la lógica deductiva en la solución de los problemas legales; pero, a diferencia de éste, estaba imbuido de un idealismo ético que le permitía relajar la regla cuando ésta, al ser demasiado fiel al precedente, podía ser inconsistente con la justicia.

De estas concepciones puede deducirse que los principios morales son relevantes para formular el derecho, e hicieron reconocer que los valores reflejan las preferencias cambiantes de los grupos poderosos dentro de la sociedad.

Pound trató de emancipar al derecho del dogmatismo, tanto de la exégesis lógico-deductiva como del historicismo. Consideraba que aunque es cierto que el derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para

la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Por esta razón, el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, en lugar de estar atado a la voluntad del legislador y a las glorias del pasado, que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades sociales, en lugar de favorecer la función del derecho como ingeniería social.

Asimismo, Pound reconoció que la actividad judicial comprende siempre una valoración de los diversos intereses que demandan protección jurídica, ya sean éstos, individuales, colectivos o sociales. El juez para clasificarlos requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para poder determinar en qué medida y de qué manera han de ser protegidos. De este modo, la tarea del derecho consiste en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad.

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas. Lo que les preocupa a los realistas se reduce a saber lo que los jueces hacen en realidad al resolver las disputas que se presentan ante ellos. No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e

impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada. A diferencia del realismo norteamericano, el realismo escandinavo tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

2.2 Principales exponentes

2.2.1. Roscoe Pound (1870-1964)

Roscoe Pound ha sido considerado como el fundador de la jurisprudencia sociológica. Fue Decano de la Facultad de Derecho en Harvard entre 1916 y 1936, siendo en esta universidad donde realizaría la mayor parte de su trabajo e investigación. Sus principales obras son: *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (1914), *The Spirit of the Common Law* (1921), *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922) y *The Ideal Element in Law* (1958).

Se le atribuye haber orientado la jurisprudencia de conceptos, haciendo un planteamiento pragmático, y al mismo tiempo levantaba la

polémica del realismo jurídico. Frente a la crítica de Pound los realistas debieron realizar ciertas puntualizaciones referidas a la imprescindible necesidad de contar con el elemento ideal en el Derecho. 12

Pound partía de la idea de que todo estudio en torno al Derecho debía reconciliar la antinomia “estabilidad y transformación”, ya que la vida social se planteaba como cambiante y exigía nuevas adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales. Esto requería que el orden jurídico fuese flexible, al tiempo que estable. Además se planteaba como una necesidad adaptar o conciliar la regla estricta con el arbitrio discrecional, así como compaginar la seguridad general con los intereses de la vida individual.¹³ El autor entendía que "el rasgo más significativo del pensamiento jurídico reciente consiste en la repudiación del concepto de una ciencia del Derecho por completo independiente, obtenida sobre la base exclusiva del Derecho mismo y que se permita ignorar cualquier otro departamento del saber como pertinente para sus problemas y sin ningún valor para sus fines".¹⁴ Pound creyó encontrar el sustento de una ciencia del Derecho en las nuevas

12 POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez (Edit. Comares, Granada, 2004), XXXVIII 193 págs. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXVII, Año 2005, 582-586 pp.

13 *Ibidem*.

14 POUND, Roscoe. *Op cit*.

condiciones con las que las ciencias sociales habían de ocuparse y de los nuevos fenómenos que habían de explicar.

Realizó una defensa del common law norteamericano, basada en develar su verdadero espíritu. Justamente, en su obra *The Spirit of the Common Law*, manifiesta que existe un elemento común entre las doctrinas fundamentales del common law, la doctrina de los precedentes y la doctrina de la supremacía de la ley. Sostuvo que el mismo espíritu podía ser encontrado en ambas, a pesar de sus diferencias. La doctrina de los precedentes significa que las causas deben ser juzgadas por los principios alcanzados inductivamente en la experiencia judicial del pasado, no por la deducción de reglas establecidas arbitrariamente por la voluntad soberana. Entonces es la razón, y nunca la arbitrariedad, la que da contenido a la decisión. La doctrina de la supremacía de la ley es, para el autor, reducible a la misma idea. Se trata de una doctrina en la que la figura del soberano y todos sus agentes deben actuar acorde al mandato de la razón y no al del capricho, acorde a principios y no a la mera voluntad. La doctrina del common law es aquella donde la razón está aplicada a la experiencia. Ella asume que la experiencia permitirá una base satisfactoria para estándares de acción y principios de decisión. El common law basa en que el derecho debe ser creado no arbitrariamente por el mandato de la voluntad soberana, sino que debe ser descubierto por la experiencia judicial de las reglas y

principios que en el pasado han alcanzado o han fallado en alcanzar la justicia¹⁵.

El autor se acercó más bien a pensar en la jurisprudencia y al derecho como una ciencia de ingeniería social, cuya competencia corresponde a “aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada”¹⁶. Pound opuso las interpretaciones éticas, políticas, idealistas del derecho a esta ingeniería y representa no una estructura estática, sino una actividad, un proceso, un contenido en movimiento. Era consciente que una interpretación en términos de ingeniería social pudiera emplearse de forma negativa, pero el verdadero peligro estaba en librarse del pesimismo jurídico del pasado inmediato. Por eso, insistía Pound, en que había que confiar cada vez más en los juristas para llevar a cabo la obra creadora del derecho¹⁷.

¹⁵ POUND, Roscoe. *The Spirit of the Common Law*. Beacon Press, Boston. 1963

¹⁶ POUND, Roscoe

¹⁷ *Ibidem*.

2.2.2. Karl Llewellyn (1983-1962)

Karl N. Llewellyn, fue uno de los más influyente teóricos del derecho en Estados Unidos; era partidario ferviente de la renovación metodológica, y por ello ha sido catalogado como un representante de la escuela americana del realismo jurídico, que tuvo su mayor auge entre los años 1920-40, y supuso una auténtica ruptura tanto con el formalismo jurídico como con el "neopositivismo", Llewellyn consideraba que la doctrina jurídica, sus reglas, no permitían prever la forma en que se había de resolver un caso concreto, él planteaba que el derecho se actualiza en cada nueva situación de litigio.¹⁸

El aporte de Llewellyn estribaba en poner el acento sobre las rupturas, las crisis. Para él, la sociedad estaba animada de tensiones que es necesario mantener bajo control: diferentes subgrupos vehiculan pretensiones en nombre propio y de la totalidad, basados en una idea general de lo que es justo; la autoridad está encargada de reabsorber esas tensiones, de canalizarlas de manera preventiva, a partir de la experiencia acumulada.¹⁹

¹⁸ CARDESIN, José María. Enseñando al hombre blanco, abogando por la justicia india. Un contexto antropológico y político para The Cheyenne Way de Llewellyn y Hoebel.

¹⁹ Ibidem.

Entre 1930 y 1932 se desata entre Llewellyn y Pound una famosa polémica respecto al realismo planteado por Pound y las nuevas propuestas encabezadas por los nuevos autores, apoyados por Jerome Frank. El debate se suscita en diversas publicaciones en revistas jurídicas, donde se revela el intento por parte de Llewellyn de refundar lo que luego denominaríamos Realismo Jurídico Norteamericano, con cuestiones fundamentales sobre el movimiento. Se origina esta polémica, con la respuesta de Llewellyn al texto de Pound “The Call for a Realist Jurisprudence” que publicó en la revista Harvard Law Review para conmemorar a Roscoe Pound. Luego de que Llewellyn publicara en 1930 “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, lo que constituía claramente una dura crítica al pensamiento de Pound y su propuesta a los jóvenes realistas de un programa a desarrollar. Luego de la arremetida de Pound con esta publicación, Llewellyn, con la ayuda de Frank, redacta “Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound”. Esta polémica ha sido identificada por varios autores posteriores como un conflicto casi de orden psicológico, dada la relación evidentemente paternal que existía entre la poderosa e influyente figura del Decano Pound y los jóvenes juristas de la Facultad. Se había generado, según Llewellyn, una incertidumbre de a quién correspondía o quienes debían sentirse aludidos por las críticas de Pound, por lo que decidió proponer en una serie de cartas personales al Decano, diversos listados con nombres de juristas para

determinar y preparar una respuesta. Pound nunca se pronunció al respecto, más allá de una que otra referencia aislada.

2.2.3. Oliver Holmes (1841-1935)

Profesor en la Facultad de Derecho de Harvard y magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sus obras marcaron un nuevo aspecto para la filosofía jurídica en dicho país. Entre ellas destacan “The Common Law”, “Speeches” y “Collected Legal Papers”. Ingresó en la Harvard Law School en 1864 graduándose en 1866. Pasó a integrarse en el Colegio de Abogados de Massachusetts en 1867. Ejerció la abogacía durante catorce años. En 1870, se hizo editor de la American Law Review. En 1880 Holmes impartió doce sesiones en el Lowell Institute, las que se convertirían en su obra más famosa: “The Common Law”.

Holmes sostuvo que el Derecho es el reflejo de la Historia de una Nación y que sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas y los históricos, es posible descubrir su esencia. Fue uno de los personajes más influyentes de la sociedad norteamericana del siglo XX. Según el Honorable Richard Posner, Presidente del Tribunal Federal del Seventh Circuit entre 1993 y 2000, Oliver W. Holmes Jr. fue, simplemente, “la figura más ilustre en la historia del derecho norteamericano”. En 1858, decidió matricularse en

Harvard para cursar la carrera de *Bachelor of Arts*. Poco después, en julio de 1860, fue nombrado editor de la *Harvard Magazine*.

Holmes se enfrentó directamente al ambiente formal y estricto que entonces reinaba en las universidades, sobre todo en la época en que Christopher Columbus Langdell dirigía Harvard.. En sus clases, Holmes proponía que el formalismo y la rigidez del Derecho debían de adaptarse a las nuevas condiciones de la sociedad; consideraba que el Derecho no es sólo un conjunto de reglas lógicas desarrolladas por teóricos de la Ley, sino un cuerpo que crece, cambia y se moldea con el tiempo. Esta filosofía la plasmó en una de sus frases más célebres la que se encuentra plasmada en la primera página de su libro *The Common Law*: “La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia, con la publicación de este libro en 1881 Holmes consiguió un amplio reconocimiento internacional, y comenzó a impartir clases de Derecho en Harvard, cargo al que tuvo que renunciar debido a su nombramiento como juez del *Supreme Judicial Court* de Massachusetts, donde ejerció durante veinte años. En este Tribunal Holmes era conocido por sus opiniones bien razonadas y fue uno de los primeros jueces en defender el derecho de asociación de los trabajadores. Cuando la mayoría del Tribunal confirmó una sentencia contra unos trabajadores por

formar piquetes en el caso de *Vegeahn vs Guntner*²⁰, Holmes redactó un brillante voto particular, donde sostuvo que los trabajadores pueden asociarse y unirse legalmente para salvaguardar sus intereses, incluso si mediante esta asociación se causa un daño temporal a la empresa.

En 1897 Holmes publicó el ensayo titulado “*The Path of the Law*”, dando origen a su teoría sobre la predicción del Derecho. Fue aquí donde expuso el desarrollo normativo como un concepto de Derecho impulsado por las costumbres sociales, donde las decisiones políticas son la base de dicho concepto. Reconoce que el lenguaje del Derecho, y en particular de las sentencias judiciales, es normalmente un lenguaje de lógica deductiva, pero que siempre subyace en él “un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia”. Así, los conflictos de intereses y los problemas sociales, la teoría política y las políticas públicas, están mucho más relacionadas con las normas jurídicas que cualquier silogismo.

Tres años después de ser nombrado Presidente del Tribunal Superior de Massachusetts en 1899, Holmes fue encumbrado por Theodore Roosevelt al Tribunal Supremo, ejerciendo por tres décadas en dicha Institución. A Holmes se le conoció como “el Gran Disidente” debido a que a

20 Fallo 167 de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts. 1896.

menudo no estaba de acuerdo con la mayoría de sus colegas de Tribunal y emitía votos particulares con suma elocuencia en las sentencias. En aquella época se imponía la teoría económica del *laissez faire* y el Tribunal (en contra de la opinión de Holmes) decidió no aplicar disposiciones laborales tendientes a la protección de los trabajadores. Holmes abogaba por defender la vinculación a la incipiente normativa social en aras a garantizar un salario mínimo, limitar el horario de trabajo y legalizar los sindicatos obreros, pero lo hacía en contra de la opinión mayoritaria del Tribunal. En el caso de *Schenck vs United States*²¹ (1919), Holmes acuñó el concepto de “peligro claro e inminente” para describir situaciones en las que la libertad de expresión se podía suprimir legalmente. En una alocución afirmó que “la protección más rigurosa de la libertad de expresión no protegería a un hombre que falsamente grita fuego en un teatro y causa el pánico.”

Fue siempre un gran defensor de la “restricción judicial²²”, al afirmar que los jueces no debían inmiscuirse en las decisiones de la asamblea legislativa en función de su opinión sobre determinadas leyes. Las opiniones de Holmes formaron la base de una nueva filosofía judicial que culminaría poco después de su muerte, cuando el Tribunal Supremo comenzó por fin a

21 Fallo 249 de la Corte Suprema de EE.UU.

22“ Judicial restraint,” consistente en limitar la libertad de los jueces a la hora de interpretar la ley.

confirmar la legislación del “*New Deal*”²³ en 1937. Comenzó así una nueva etapa de observancia de las decisiones de la mayoría parlamentaria, algo por lo que Holmes había luchado en contra de las opiniones mayoritarias de los jueces de su época.

2.2.4. Jerome Frank (1889-1957)

Fue uno de los filósofos del derecho que como los anteriores jugaron un papel destacado en el movimiento del realismo jurídico, y fue juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.

A este jurista no le preocupaba la predicción de la interpretación de las normas, ello, debido a que las mayores dificultades predictivas no provienen de la oscuridad de éstas como suele creerse, sino que provienen de la incertidumbre ante los hechos. Frente a esta situación planteaba que como los tribunales superiores se ocupan de la interpretación del Derecho, los de primera instancia e instrucción son los que fijan los hechos. Aquéllos deciden cuestiones de Derecho, éstos resuelven las cuestiones fácticas, y es en esa determinación donde se disparan las dificultades de predecir el comportamiento de los jueces. El litigio se decide en la fijación de los

23 Nombre dado por el Presidente de Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, a su política intervencionista puesta en marcha para combatir los efectos de la Depresión Económica de 1929, mediante la cual se pretendía sostener a la capas más bajas de la población y reformar los mercados financieros.

hechos, y es aquí, y no tanto o no tan sólo, en su predicción, donde la certeza y la predictibilidad es más difícil.

Para Frank, todo lo que el juez o el jurado hace es formarse una creencia sobre los hechos para fundamentar la sentencia. Se trata de la verdad procesal frente a la verdad material, y no hay seguridad alguna de que esa creencia del juez o del jurado se corresponda con la verdad de los hechos tal y como se produjeron en la realidad. En efecto, el testimonio puede ser falible, ya sea porque los testigos no percibieron bien los hechos, no los recuerdan con precisión, o porque tienen dificultades para comunicarlos al tribunal o simplemente porque mienten, y los jueces tienen una apreciación errónea de los hechos.

Concluye en definitiva que la mayoría de las sentencias futuras son no pronosticables; y la impredecibilidad de la mayoría de las decisiones antes del litigio resulta de la imposibilidad de conocer por anticipado la fijación de hechos por el tribunal de primera instancia y de la incertidumbre normativa, es decir, de la vaguedad de algunos precedentes o de dudas acerca de qué precedentes aplicarán los tribunales.²⁴

24 FRANK, Jerome. Derecho e incertidumbre, trad, de C.M. Bidegain. Ed. Fontamara, México, D.F., 2001, pp. 26 y ss.

2.3 Premisas Filosóficas

Resulta un trabajo difícil intentar plantear, de manera exhaustiva, las premisas filosóficas del Realismo Jurídico Norteamericano, entre otras razones, porque no existió en los Estados Unidos una escuela realista propiamente tal. Sus principales exponentes sostuvieron ideas muchas veces disímiles, como ha quedado demostrado, teniendo cada uno su propia perspectiva sobre el Derecho, pero manteniendo similitudes básicas que permiten adscribirlos a la corriente del Realismo Jurídico Norteamericano.

Algunos de ellos fueron coetáneos, por lo que tuvieron la oportunidad de conocer la evolución de su trabajo²⁵ y criticarse mutuamente. Roscoe Pound, en sus días de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, criticó a este nuevo movimiento denominado realista jurídico, crítica que se encuentra ampliamente tratada en el famoso libro de Karl Llewellyn: *Jurisprudence: Realism in theory and practice*. En este libro, Llewellyn, acerca de si existe o no una escuela realista, señala que personalmente espera “nunca pueda existir”, que los nuevos miembros “adquieran herramientas y estímulos, no maestros, ni ideas de maestros. Los viejos reclutas divergen en intereses entre ellos. Ellos están relacionados, dice Frank, sólo en sus negaciones, y en sus escepticismos, y en su

²⁵ A modo de ejemplo, Karl Llewellyn dedicó parte considerable de sus escritos al insigne profesor y Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: Roscoe Pound.

curiosidad”²⁶. Incluso Frank estima que la etiqueta de Realismo Jurídico debiese ser cambiada por la de Escepticismo Constructivo, el cual consiste de dos elementos: el ansia por construir o por hacer operables diseños sociales que mejoren el funcionamiento de la sociedad en democracia; y una consciencia permanente de las dificultades que implica esa tarea con la consecuente necesidad de asumir una permanente actitud provisional, experimental, en la formulación de métodos y medios.

A pesar de no haberse reconocido como una escuela, ni haberse identificado a sí mismos como realistas, estos teóricos y sus doctrinas fueron inspiración para la formación y creación de Escuelas y diversas tendencias críticas sobre el Derecho, especialmente en las décadas de los 70 y 80 del siglo XX.

Resulta relevante para esta tesis la particular influencia que el realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica ejercieron en el campo de la enseñanza del Derecho. Ésta se tradujo principalmente en la modificación sustancial de su estudio en las Escuelas de Derecho, entre otras cosas, mediante la incorporación de diversas disciplinas, enriqueciendo así la formación de abogados y juristas, la teoría y la práctica. Los autores que reconocemos como realistas norteamericanos introdujeron una fuerte

26 LLEWELLYN, Karl. "Jurisprudence: Realism in theory and practice". University of Chicago Press. 1962. Pág. 53

influencia crítica en el derecho vigente de su época, siendo una de las principales su discurso en contra del formalismo como visión hegemónica de la filosofía del Derecho y también en otras áreas del conocimiento. Así, nuevos movimientos surgen luego de la fuerte crítica que el Realismo Jurídico realizó en contra de la exclusión de otras disciplinas en la enseñanza del Derecho. Estos movimientos son, entre otros, “Critical Legal Studies”, “Feminist Jurisprudence” y “Critical Race Theory”²⁷.

Existen autores, como Alexander Pekelis y Enrique Pedro Haba, que sostienen que los distintos realismos que se pueden identificar en sus diversos exponentes -anteriormente presentados- encuentran su lugar común en tres premisas básicas:

- a) “la insistencia sobre el abismo que existe entre la norma jurídica como ésta aparece en los textos y lo que es en la realidad;
- b) una percepción de la falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos; y
- c) una conciencia de la naturaleza creadora de la función judicial”²⁸.

27 Para mayor referencia, véase: Pérez Lledó, Juan A. “La enseñanza del Derecho en Estados Unidos”. En: “La Filosofía del Derecho en EE.UU.: Problemas Actuales”. Revista DOXA No 12, 1992. Pág. 80. Véase también en “Diccionario de Teoría Jurídica”, Bix, Brian H. Traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga. México, 2009. Pág. 6.

28 A. H. Pekelis, “La tecla para una ciencia jurídica estimativa” (trad. R. Sandoval); en Cairns/Hall/Cowan/Pekelis/Frank/Patterson/Kelsen/Chroust, El actual pensamiento norteamericano, Bs. As., 1951: 121 s. En: HABA, Enrique

Estos puntos nos presentan la base teórica mínima para argumentar desde el realismo. Estas ideas fueron compartidas -con distinto énfasis- por todos los exponentes del Realismo Jurídico Norteamericano, lo que nos permite elucubrar, sin necesidad de especificar los detalles de cada autor, cuáles podrían ser las posturas generales en torno a las diversas discusiones que se gestan en la Teoría del Derecho.

En ese contexto, las premisas que se presentan en este capítulo no tienen pretensión de exhaustividad, sino más bien intentan presentar los problemas generales que desde el Realismo Jurídico Norteamericano, involucrando a sus principales exponentes, puedan plantearse para la Teoría del Derecho; permiten desarrollar, en base a estos problemas, lo que -para nosotras- componen las principales polémicas que se generaron en el seno de la discusión doctrinaria; y tienen interés en la reflexión sobre el empobrecimiento de la enseñanza del derecho y la discusión académica. Estas premisas son:

- a) La crítica a la filosofía del Derecho imperante en los siglos XIX y XX, principalmente dirigida al formalismo como hegemonía intelectual y al iusnaturalismo y iuspositivismo como teorías basadas mayoritariamente en premisas abstractas;

- b) La resistencia a concebir al Derecho como una entelequia aparte de la realidad social, y particularmente el escepticismo ante la idea de que el Derecho es el homólogo de la ley. Asimismo, la defensa de la interdisciplinariedad y la multiplicidad de factores que influyen, afectan, complementan y modifican al Derecho;
- c) La crítica al sistema del Common Law en los Estados Unidos de los siglos XIX y XX, como sistema jurídico basado en la casuística normativa y en el precedente judicial entendido y pretendido como uniformador de las decisiones judiciales, a través de su aplicación homogénea en la resolución de conflictos jurídicos de iguales características. Esta pretensión consistía en generar, a partir de la recurrencia de decisiones similares en casos parecidos, una suerte de normativa tipo para la resolución del caso a caso;
- d) El reconocimiento en la administración de justicia de que su labor constituye el Derecho mismo, siendo el Juez la figura principal en la creación y modificación del Derecho a través de las decisiones judiciales;
- e) El problema de la estaticidad y la dinamicidad del Derecho, con respecto a una realidad social que lo contiene y constantemente sobrepasa.

Nos interesa desarrollar estas ideas para demostrar que estas críticas siguen vigentes y que hoy, al igual que antes, tiene sentido promover su discusión entre los teóricos y académicos, como también su enseñanza en las aulas del Derecho. El enriquecimiento de la teoría jurídica que un viraje como este puede presentar resulta fundamental para la mejor

comprensión de la complejidad de las relaciones jurídicas y sociales de la actualidad.

2.3.1 La crítica a la Filosofía del Derecho: el anti-formalismo.

En contra de las concepciones formalistas del Derecho, el realismo surge como una crítica dentro de las discusiones teóricas a finales del siglo XIX y se desarrolla a lo largo del siglo XX. Al contrario de lo que se planteó desde el positivismo y el iusnaturalismo, el realismo aparece como la comprensión del Derecho desde su aplicación práctica, y también desde el entendimiento de las relaciones sociales y la conformación efectiva de la sociedad de un tiempo y lugar determinados.

Las abstracciones que estas posturas utilizaron como premisas filosóficas para argumentar sobre lo que pueda ser el Derecho, son, según el realismo jurídico, una reducción de la complejidad del Derecho como objeto de estudio. Es en la sociedad desde y donde efectivamente ocurre el Derecho, y es desde esta realidad social que debe proponerse un conjunto normativo. En otras palabras, el fenómeno jurídico se produce y re-produce en la cotidianeidad normada de un contexto social determinado, y muchas veces las normas dadas quedan obsoletas ante el constante movimiento de cualquier sociedad. Se produce, de esta manera, una distancia fácilmente

constatable entre el Derecho formalmente propuesto y la realidad empírica de la sociedad que es normada por aquél.

Uno de los postulados centrales que se derivan de una idea realista del Derecho es que se reconoce al Juez, mediante su labor, como creador de Derecho. De esta manera, la presentación formalista de la creación de la ley, siendo el legislador el único generador de Derecho es superada por la práctica jurídica misma, donde lo que ocupa al realismo es el ámbito de la aplicación de la ley y su interpretación, esto es, el rol del juez y su función creadora de derecho mediante la jurisprudencia. Esto constituye una propuesta radicalmente distinta a las tendencias que imperaban en las universidades estadounidenses de la época: si entendemos que la realidad del Derecho se configura desde su aplicación efectiva, cobran mayor relevancia los *hechos* por sobre las normas jurídicas como silogismos. En este sentido, el comportamiento de las personas que operan el Derecho, de aquellas a quiénes se les aplica alguna norma y de quiénes de alguna manera realizan conductas jurídicamente relevantes, es un factor preponderante al momento de identificar al Derecho como una construcción social situada, es decir, desde la práctica jurídica misma. Es desde las condiciones objetivas de la sociedad que el Derecho puede ser objeto de análisis o estudio ya no como un ente aparte de ésta, sino como parte integrante de las relaciones sociales, complementándose muchas veces con diversos factores “extrajurídicos”.

Los realistas tuvieron propuestas concretas sobre el Derecho, y criticaron fuertemente al orden jurídico establecido. Hemos identificado una serie de opiniones que engloban, de alguna u otra manera, los planteamientos más polémicos y recurrentes que a través del realismo se pueden realizar sobre la filosofía del Derecho. A modo de exposición y de manera sucinta, encontramos las siguientes ideas:

- a. el Derecho no es un sistema rígido de normas desde las cuales lógicamente -a través del método deductivo- puedan resolverse los conflictos sociales;
- b. el Derecho posee muchas inconsistencias internas (lagunas, indeterminaciones, etc.) que permiten sostener que en el momento de resolver los conflictos jurídicos no existe una respuesta unívoca;
- c. la creación del Derecho no reside únicamente en la actividad de los legisladores, reconociéndose en los jueces un papel preponderante en la producción de Derecho, específicamente en cuanto a su interpretación y aplicación;
- d. la verosimilitud del Derecho no reside en su estructura lógica, sino en su aplicación en la realidad;
- e. la metodología de la interpretación de las normas debe contener premisas fácticas para poder resolver de manera satisfactoria los conflictos intersubjetivos y no basarse sólo en reglas pre-establecidas y razonamientos apriorísticos;
- f. la operación que realiza el positivismo jurídico sobre el Derecho es mayoritariamente descriptiva, lo cual reduce su análisis a

componentes netamente formales, dejando de lado no sólo los valores –como lo critica el iusnaturalismo- sino que también los hechos que configuran la realidad del Derecho;

- g. el iusnaturalismo pretende, mediante la razón deductiva, obtener un normativismo valorativo, apriorístico y atemporal, lo cual reduce el Derecho a una concepción dogmática de ciertas “naturalezas” de las normas y de Derechos pre-existentes a los seres humanos, o que bien, vienen con su existencia misma. De esta manera, la tarea del jurista se traduce en el reconocimiento, o más precisamente, en el descubrimiento de tales preceptos ocultos bajo las apariencias de la realidad, pero que pertenecen a la esencia misma de la humanidad, a través de la razón.

El anti-formalismo que presenta el Realismo Jurídico Norteamericano se corresponde con el despliegue de todo un movimiento intelectual que revolucionó las universidades estadounidenses durante el siglo XX, y que presentó, en la mayoría de las áreas del conocimiento, un fuerte impulso crítico²⁹ en contra de esta manera de concebir la vida de la sociedad. Es en este contexto en el cual florecen discusiones jurídicas que abren paso al cuestionamiento de las corrientes clásicas del Derecho y a la necesidad de un nuevo enfoque que abandone las abstracciones propias de estas teorías.

29 FASSÓ, Guido. "Historia de la Filosofía del Derecho". V.3. 1988. Pág. 214.

Entre los exponentes más destacados del Realismo Norteamericano se encuentra Karl Llewellyn, como ya lo hemos presentado. Este autor utilizó en su argumentación teórica lo que él denominó un “enfoque funcional” de la concepción del Derecho³⁰. Sostuvo que el Realismo no podía ser una filosofía del Derecho, sino más bien una herramienta al “servicio más adecuado de cualquier filosofía del Derecho”³¹. Planteó que el Derecho era una construcción social, al punto de sostener que tal como existe una ingeniería para la construcción de edificaciones, debía existir una “ingeniería jurídica”. Esta ingeniería estaría compuesta principalmente por los administradores de la justicia: los jueces y funcionarios de los Tribunales. Esta idea ya había sido sostenida de modo similar por Roscoe Pound, quien identificó al Derecho como una “obra de ingeniería social”³², una construcción de los hombres, sometida a los cambios necesarios para satisfacer las necesidades de la vida actual.

Para Roscoe Pound, la tarea de la filosofía del Derecho consistía en esta “ingeniería social”, es decir, no en la búsqueda de la validez o de valores universales, sino que en la búsqueda de un Derecho que pueda

30 LLEWELLYN, Karl. N. Belleza y Estilo en el Derecho. Traducción y prólogo por José Puig Brutau. Editorial Bosch, Barcelona. 1953. Pág. 75.

31 Óp. Cit. Pág. 69, nota aclaratoria al pie de página.

32 FASSÓ, Guido. “Historia de la Filosofía del Derecho”. V.3. 1988. Pág. 218.

abordar de mejor manera todas las necesidades de la sociedad cuando éste sea requerido para ellas³³. El autor pensaba el Derecho como “una institución social para satisfacer necesidades sociales –los reclamos y demandas y expectativas involucradas en la existencia de la sociedad civilizada- dando cumplimiento en la medida de lo que podemos con el menor sacrificio, tan lejos como las necesidades puedan ser satisfechas o puesto en práctica aquellos reclamos por un orden de conducta humana a través de la sociedad organizada políticamente.”³⁴

Los realistas norteamericanos fueron juristas con un fuerte espíritu crítico, cada uno de ellos expuso, de una u otra manera, una visión vanguardista sobre el Derecho y la sociedad. Dentro de sus principales motivaciones se encuentra el intento por derribar aquellos principios tan enraizados en la mentalidad de los juristas contemporáneos: la primacía de la norma y la seguridad jurídica. Para ellos la vida jurídica se caracteriza por una incertidumbre fundamental, la cual tiene tres aspectos, siendo el primero el hecho de que los juristas en realidad, frente a un juez que está conociendo de un asunto, sólo pueden establecer posibilidades de decisión y de ellas predecir cuál será la más probable de ser elegida. Lo segundo es la

33 POUND, Roscoe. “Interpretations of Legal History”. 2ª Edición, Cambridge Mass., 1946. Pág.152. En: FASSÓ, Guido. “Historia de la Filosofía del Derecho”. V.3. 1988. Págs. 218 y 219.

34 POUND, Roscoe. “An Introduction to the Philosophy of Law”. New Haven, Yale University Press, USA. Third printing, November 1961. Pág. 47. La traducción al español es nuestra.

“Lo que se requería no era simplemente un conjunto de reglas, sino la institución viva, como tampoco bastaba que existiera certidumbre para los juristas cuando hacían falta certidumbre y justicia para el pueblo a cuyo servicio el Derecho debe estar.”

Karl Llewellyn.

ambigüedad de las normas mismas, las cuales por sus propias características permiten un espectro de posibles interpretaciones. Y, finalmente, el tercer aspecto es la dificultad de verificar los hechos alegados en el proceso. Estos aspectos serán abordados en las páginas siguientes.

2.3.2 El escepticismo ante las normas

Cuando nos referimos a escepticismo ante las normas, se vuelve imperioso hacer un par de precisiones, para poder distinguir cuál es realmente el enfoque realista que puede pretenderse al comprender el fenómeno jurídico y aproximarse a una definición de lo que pueda ser el Derecho.

Si bien, el realismo jurídico tuvo un desarrollo en Europa que no se puede desmerecer, es el enfoque del Realismo Jurídico Norteamericano el que para efectos de esta tesis nos interesa. El problema del escepticismo más radical es comúnmente atribuido al desarrollo de teorías europeas como la del Realismo Escandinavo, donde con un desarrollo teórico fuertemente no-racionalista, posturas escépticas hasta el extremo surgieron como referente. Este escepticismo radical fue para los detractores del realismo

jurídico una de las principales armas para banalizar su contenido, arguyendo una especie de auto-exclusión por parte de los exponentes del realismo jurídico de la discusión teórica.

Diremos que hay un escepticismo ante las normas en el Realismo Jurídico Norteamericano, en general, ya que con ello entendemos que lo que ahí está operando es una crítica a la concepción del Derecho como un homólogo de Ley. En principio, esta noción se dirige en contra de la concepción de la norma como único Derecho existente, contra la idea de que el Derecho es lo que está escrito en los códigos y leyes, de manera restrictiva y literal. Este escepticismo es una desvinculación frente a la propuesta formalista de que el Derecho es lo que la ley establece, dando paso a una desmitificación de las normas.

El insigne Juez Oliver Wendell Holmes fue un defensor de la necesidad de un alejamiento de los tribunales de las doctrinas imperantes de su época. El *conceptualismo* que reinaba entre los jueces era un factor muy relevante del estancamiento que el Derecho sufría respecto a la sociedad.

Holmes al respecto dice:

“Las necesidades sentidas de la época, la moral y las teorías políticas prevalentes, las intenciones de la política pública confesadas o inconscientes, incluso los precedios que los jueces comparten con sus conuñadanos han tenido mucho más que hacer que el silogismo al determinar las reglas por las que los hombres deben ser gobernados.”

De esta manera, Holmes se convierte en el primer desmitificador del poder del derecho positivo. Teniendo a este autor como punto de partida, los realistas norteamericanos rechazaron la centralidad normativa. Concibieron a las normas jurídicas como un elemento más a considerar en la sentencia, y atribuyeron importancia en ella a los factores que tradicionalmente se consideran extrajurídicos, como la salud, la educación y el origen social. La sentencia entonces, será la decisión que un juez adopta entre la pluralidad de posibilidades que se le ofrecen y cuyo origen no es un mecanismo deductivo basado en la norma.

“La vida del derecho no ha obedecido a la lógica, sino a la experiencia”.

Oliver Holmes

2.4 El lenguaje jurídico y el formalismo.

La discusión sobre qué es lo central en el Derecho ha sido ocupación de las diversas corrientes en la teoría jurídica. Así, existen quienes ponen acento en su función; los que excluyen toda valoración poniendo énfasis en la normativa vigente; también quienes han hecho de la moral y los valores el eje vertical de todo sistema jurídico, entre otros. Para efectos de esta tesis, más que situarnos en una de aquellas posturas, lo que pretendemos es denotar que esas tres grandes tendencias bien podrían pertenecer a una misma categoría. A menudo se nos presentan en los textos de estudio de filosofía del Derecho como corrientes separadas y muchas veces excluyentes las unas de las otras. La pregunta que surge inmediatamente es qué podría constituir el punto de convergencia entre ellas, y la respuesta recae justamente en el formalismo como modo de pensar el Derecho.

La inadecuación entre la práctica y la norma es un problema para reflexionar sobre cómo los jueces crean Derecho. La mayoría de los formalistas se atiene a argumentar sobre la remisión que el juez debe hacer constantemente hacia la ley para fundamentar sus fallos. Todas las disputas que se presentan ante tribunales tienen ciertamente un contenido, sin

embargo, los formalistas argumentan que los jueces no deben pronunciarse sobre esto, sino que limitarse a lo que la ley ha establecido sobre esa cuestión. El juez, un ciudadano como cualquier otro, para poder abstenerse de valoraciones “impuras” o “extra-jurídicas”, tendría que realizar un acto de sobrehumanidad y desentenderse de sus propios pensamientos, prejuicios, opciones políticas, de las presiones externas, del contexto social, de sus propios intereses. Esto es algo que, además de imposible, es justamente lo que las partes quieren: que el juez se pronuncie sobre el asunto mismo que está en disputa. Lo que sucede es que el formalismo jurídico, como los formalismos en general, adolece de un grave defecto: no se puede hacer eso que dicen que se puede hacer³⁵. Existe una pretensión de extender por sobre el tiempo y el contexto un derecho que esté expresado de tal forma que pueda ser aplicado en cualquier lugar y en cualquier momento. Esta insistencia en la permanencia de la norma ante toda consideración real conduce a una carencia o defecto en la correlatividad de la ley con la realidad social.

El defecto del formalismo deriva del kantismo. La ética kantiana se preocupa de formular “condiciones de posibilidades racionales y abstractas (puras) bajo las cuales algo puede ser considerado como tal cosa (como acto moral, como norma jurídica, como acto comunicativo, como sistema

normativo), sin considerar o, incluso, considerando de manera polémicamente adversa, las circunstancias reales en que esa tal cosa pueda darse (impuras), o los fundamentos de contenido determinado de los que puedan derivarse (metafísicos).³⁶ El problema surge cuando esas condiciones formales de hecho no se manifiestan en la realidad, y frente a eso los racionalistas han reaccionado identificando esa no-expresión de sus decretos con anomalías sistémicas, falta de racionalidad de la sociedad, contaminación valórica, entre otras justificaciones. Es de esta manera como “lo que aparecía como formalismo se revela como dogmatismo, y lo que aparecía como descriptivo se revela como normativo”³⁷.

Habermas, Alexy, Günther, Rawls, y todos los formalistas lingüísticos, presentan una aproximación evidente al discurso kantiano de la auto-imposición de deberes y preeminencia de las mayorías en un contexto formalizador de la realidad, utilizando para esto como herramienta al lenguaje. Esto es pretender racionalizar lo que de hecho no es racional, neutralizando el carácter conflictivo y contradictorio de las relaciones sociales. Las teorías que parten de un equilibrio a priori, en el fondo lo que buscan es imponerlo. Existe una pretensión de neutralidad en la idea de una argumentación jurídica del consenso dialógico que no puede ser real, o más

36 *Ibíd.* Pág. 27.

37 *Ibíd.* Pág. 28.

bien, que busca mostrarse como “puramente” formal cuando realmente esconde un interés, ya que quitar el contenido de la discusión jurídica tiene una intención determinada, no es valóricamente neutra.

Para comprender mejor la idea a la que estamos adscribiendo, es preciso hacer una distinción ya conocida tanto por los positivistas como por los teóricos del lenguaje, esto es, la distinción entre norma, enunciado jurídico (o proposición normativa) y texto legal (o normativo). Kelsen ya había hecho la distinción entre norma y enunciado jurídico, considerando que éste describe a la norma, no coincide con ella³⁸.

La diferenciación básica consiste en lo siguiente: La norma es anterior a la proposición, en razón de su tiempo de constitución. La norma es dictada por el poder a través de actos jurídicos imperativos, en cambio la proposición la redacta un jurista. La norma crea derecho real, en cambio la proposición recoge una norma ya producida y la expresa. La norma es válida de acuerdo con la relación que tenga con otras normas que son superiores, en cambio la proposición dice o no lo que la norma quería decir y por lo tanto

38 KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Segunda edición, 1960. Editorial Porrúa S.A., México Traducción de Roberto J. Vernengo. Octava edición, 1995. Pág. 84.

puede ser falsa (falsedad cuando el contenido en sentido lógico no dice lo que la norma quería decir), mientras que las normas no podrían serlo³⁹.

No es propio de una norma estar expresada en un texto; fue con la codificación que se reconoció luego a estas proposiciones normativas dadas como derecho positivo. Es con la positivación del Derecho que surge la diferenciación entre norma jurídica y texto normativo. Ahora bien, la proposición normativa es distinta al texto normativo. Contiene una norma y se expresa en un texto, pero no coincide con ninguno. La proposición o enunciado jurídico es la manera como los legisladores expresan lo que quieren que se conviertan en una ley, es cómo expresan ese contenido que sería la norma. El texto normativo, por otra parte, contiene ese enunciado jurídico y lo expresa en signos lingüísticos; códigos, leyes, decretos, etc. Este texto es lo que el juez tendrá en cuenta al momento de tomar su decisión.

Esta diferenciación compone propiamente un problema de lenguaje. En ella entran en juego tres tipos de lenguajes: lenguaje natural, lenguaje jurídico y lenguaje técnico o legal. La norma está pensada según el primero, el enunciado normativo según el segundo y el texto legal según el último.

39 Kelsen dice: "Pero la norma estatuida por la autoridad jurídica (...) no puede ser verdadera o no verdadera, puesto que no constituye ningún enunciado declarativo, ninguna descripción de un objeto, sino una prescripción y en cuanto tal, es ella el objeto que será descrito por la ciencia del derecho." *Ibid.* Pág. 87.

Los que creen que el derecho tiene un lenguaje formal, porque sea necesario, conveniente o porque se justifica, saben que esto implica una traducción teórica (en la mente) del lenguaje natural al especializado.

Luego, surge la cuestión de si en esos tres niveles, se puede hablar de que exista transparencia; si el enunciado jurídico expresa de manera transparente la intención de los legisladores (la norma) y; si el texto legal expresa de manera transparente ese enunciado jurídico.

Diremos, siguiendo esta idea, que los positivistas se caracterizan por su “ingenuidad lingüística”, ya que esa transparencia no es posible, dadas las características propias del lenguaje natural. Existen, en el paso de un nivel al otro, ambigüedades propias del lenguaje mismo, que hacen de esa pretensión de expresión fidedigna algo fácticamente imposible. Las expresiones del lenguaje natural -llámense coloquiales, vulgares, informales, o como se quiera- corresponden a usos estrechamente relacionados con la realidad social de un lugar o de una época, por lo que es propio de estas expresiones la constante modificación de su significado (o incluso su desuso). En esta línea, lo evidente es que el texto jurídico, expresado en lenguaje técnico, sufre de grandes dificultades a la hora de adaptarse a las nuevas realidades sociales. Sin embargo, no solo existe una diferencia entre el lenguaje natural en que está concebida la norma y el lenguaje técnico del texto normativo; también existe una diferencia real entre el lenguaje que

ocupan los juristas y el que está expresado en los textos legales. Las expresiones de los juristas serán también mucho más flexibles y susceptibles al cambio que las de los textos, las proposiciones normativas son la manera en que estos juristas conciben en lenguaje jurídico el contenido dado por la norma⁴⁰. Del paso de la norma a la proposición, y de ésta al texto, hay una distancia que es propia de la reducción del lenguaje natural al técnico. Este último nunca podrá reflejar de manera transparente y clara lo que la norma dice. En esto consiste la indeterminación del Derecho positivo, y lo que tantos dolores de cabeza le produce a los intérpretes de las leyes.

Cuando compartimos la idea de que el formalismo jurídico “no se puede hacer”, nos referimos a la imposibilidad de explicitar la norma de manera clara y distinta. Esto es así justamente porque el lenguaje natural no puede ser formalizado⁴¹. Hay que reconocer que el Derecho goza de un alto grado de incertidumbre en virtud de la ambigüedad normativa y también por sus propias imprecisiones, incoherencias, lagunas y antinomias, que permiten que la decisión del juez, en la práctica, tenga en sí casi siempre la incidencia de factores extrajurídicos.

40 *Ibíd.* Págs. 46 a 48.

41 PEREZ Soto, Carlos Aurelio. “Positivismos. Consideraciones en torno a la Filosofía del Derecho.” Julio 2007. Pág. 22.

2.5 El escepticismo ante los hechos.

Como ya hemos visto, entre los realistas hubo diferencias teóricas. Cada uno se interesó más en algún tema en particular, el cual desarrolló a su manera. Al hablar de escepticismo ante los hechos es imprescindible nombrar a Jerome Frank. Este autor fue muy crítico tanto del sistema jurídico estadounidense como de las facultades de Derecho. Él, al ser juez, conocía muy profundamente los vicios que aquejaban a los tribunales, especialmente le preocupaban aquellos vicios que tenían las personas que ejercían allí. Justamente lo que caracteriza a Frank y lo diferencia del resto de los realistas norteamericanos es su enfoque psicológico.

El escepticismo de Frank es sobre los hechos del proceso. Debemos situarnos para esto en los juicios norteamericanos de las décadas 40 y 50 del siglo pasado. En estos procedimientos los testigos son parte fundamental de la prueba. Además, muchos de los juicios tenían un jurado para su decisión. Frank comienza su relato sobre los hechos asimilando una máxima jurídica: en un juicio sólo se aplicará una norma si se decide que los hechos invocados para su aplicación existen. Sin embargo, los hechos reales son eventos del pasado, que sucedieron antes del juicio en que son invocados, por eso el juez y el jurado sólo pueden conocerlos a través de las narraciones que los testigos realicen sobre ellos. Aquí comienza el

que ellos piensan que son los hechos (o mas precisamente, lo que ellos públicamente afirman o dejan suponer que piensan acerca de cuáles son los hechos)."

problema. Los testigos son seres humanos, que pueden por lo tanto errar en sus observaciones, mentir o distorsionar sus relatos, motivados por buenas o malas intenciones (o por sus propias razones) e incluso pueden hacerlo sin querer, pero digan lo que digan el juez y el jurado tendrán que adivinar cuál de ellos relató con exactitud los hechos pasados. La evidencia, en este caso, no puede ser evaluada en su veracidad por un instrumento mecánico, ni siquiera un detector de mentiras sería infalible ante las complejidades del intelecto humano y su comportamiento. Por esto es que Frank define su escepticismo ante los hechos del proceso del modo siguiente⁴²:

El fundamento de Frank sobre esta manera de concebir los hechos, está basado en su idea de que la subjetividad es inherente a la prueba. Habría en los testigos por un lado, reacciones subjetivas durante el juicio y al momento de relatar sus experiencias y también, por el otro, reacciones subjetivas de los jueces y jurados respecto de las reacciones de los testigos. El convencimiento (o no) de los jueces y jurados sobre los relatos de los testigos conforman el grueso de la decisión del caso en el sistema del Common Law, por lo que estas decisiones se encuentran siempre dentro de

42 FRANK, Jerome. "Una defensa de las escuelas de abogados". En: "La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía", compilación de Böhmer, Martín. Ed. Gedisa, Argentina, 1999. Pág. 40.

márgenes de arbitrariedad. Y esto es propio de los procedimientos anglosajones, donde no existe una codificación extrema y la valoración de la prueba obedece a un proceso más parecido al de la libre convicción del juez. Entonces, por más que la doctrina se esfuerce en establecer parámetros de conducta judicial en los procesos de deliberación, o intente identificar esta conducta con procesos racionales lógico-inductivos, la apreciación de los hechos, a través de la actividad valorativa de la prueba que realiza el juez, siempre estará atravesada por la subjetividad de sus expositores y de sus intérpretes. El establecimiento de los hechos que forman parte del mérito del proceso, aunque se haya efectuado bajo los diversos procedimientos de valoración de la prueba, ya sean sistemas de prueba legal, prueba legal morigerada, libre convicción o sana crítica, siempre estarán imbuidos de subjetividad.

2.6 La crítica al Common Law

El Common Law es fruto de la cultura jurídica que se gestó en los países anglosajones. Se ha sostenido que el common law data del año 1066, cuando ocurre la invasión normanda de Inglaterra, para luego expandirse a sus colonias, entre las cuales se encontraba Estados Unidos⁴³.

43 Bix, Brian H. "Diccionario de Teoría Jurídica". Traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 467. México, 2009. Pág. 73.

Con la independencia de este último país, se fue desarrollando en él una cultura jurídica propia, y el common law estadounidense adquiere sus propias características, distintivas de los otros países que fueron influenciados por Inglaterra (Canadá, Nueva Zelanda, Australia). Los espacios geográficos donde el desarrollo del common law fue mayor son los Estados Unidos e Inglaterra, siendo en éstos bastante similar en cuanto a la mayoría de sus características. Sin embargo, es preciso distinguirlos, ya que la administración efectiva de la justicia, es decir su práctica, ocurre en ambos países de manera distinta. No realizaremos un análisis de cada uno, pues no es el objetivo de este apartado, sino más bien nos centraremos en lo respectivo a dos características que ambas culturas del Common Law comparten; siendo lo que a este respecto interesa: a) la centralidad y consecuente importancia que adquiere la figura del juez como creador de Derecho en la aplicación del Derecho y la elaboración de normas jurídicas particulares y; b) la utilización del precedente judicial como fuente primordial del Derecho.

Con respecto al primer punto, esto es, al juez como figura central de la realidad jurídica, la apreciación teórica que los realistas han efectuado se basa en el comportamiento efectivo de los jueces al momento de tomar sus decisiones. Para los realistas lo relevante no es lo que el juez dice, o cómo argumenta su decisión, sino lo que el juez efectivamente hace. Más que establecer una metodología de interpretación, con criterios pre-establecidos,

la concepción de las normas desde la crítica realista se desvía hacia el reconocimiento en ellas de una guía para el comportamiento de los jueces y no las considera un imperativo ineludible. Los jueces sin embargo, no están del todo “libres”. Cabe hablar de una racionalidad posible dentro de la decisión judicial, sin que ésta se transforme en un racionalismo idealista o en un formalismo lógico.

Por otro lado, el Common Law depositó en la acción del juez la tarea fundamental -aplicando las normas generales y abstractas a un caso particular y concreto- de lograr *uniformar* el Derecho, a través de la interpretación jurídica de las normas vigentes. De esta manera, la norma escrita “cobraba vida” y el conjunto del sistema jurídico lograba su armonización, completando aquellos “vacíos” que el Derecho del Common Law desde sus orígenes sufría por su carácter mayoritariamente consuetudinario. El precedente judicial ha sido entendido por autores como Kelsen como una institución cuya finalidad corresponde a “alcanzar un poder judicial uniforme”⁴⁴, cuestión que para el tipo de positivismo jurídico que este autor defendió tiene su razón de ser en la necesidad de que el Derecho tenga un grado de certeza científica. Cabe recordar que para Kelsen el análisis del objeto de estudio –el Derecho- debía realizarse metódicamente,

44 KELSEN, Hans. “Teoría Pura del Derecho”. Segunda edición, 1960. Editorial Porrúa S.A., México Traducción de Roberto J. Vernengo. Octava edición, 1995. Pág. 259.

como un científico lo haría con su propia investigación. Una norma general puede servir como regla para su aplicación a casos particulares que revistan ciertas similitudes, las cuales deben a lo mínimo enmarcarse dentro de la norma general, identificándose con su contenido. Luego, el juez debe aplicar esta norma general a un caso particular, cuestión que fue reconocida por Kelsen como una manera de crear Derecho. Al igual que el legislador produce normas generales para el ordenamiento jurídico, el juez crea a través del precedente normas también de carácter general, que funcionarán como un marco de aplicación de Derecho para casos que posean características similares⁴⁵.

El problema que desde el realismo puede reconocérsele a esta manera de comprender la labor del juez, es principalmente su carácter profundamente legalista y abstracto, ya que al pretender como fin de la actividad judicial el interpretar las normas para su uniformidad lo que se está desconociendo -o menospreciando- es nada menos que la aplicación de las normas y su consecuente incidencia en la realidad misma donde son aplicadas. Concebir el rol del Juez primordialmente como uniformador del Derecho -en desmedro de su función como decisor de conflictos reales y creador de Derecho- es reducirlo, ya sea restándole todo valor social, o

45 *Ibíd.* Ídem. Pág. 258.

derechamente ignorando el contexto de la decisión jurídica a través de la mecanización de la función judicial.

La lógica del precedente en el Common Law está pensada de manera que pueda lograrse, con la resolución caso a caso, una manera de juzgar determinada, que sea relativamente homogénea, y se pueda sostener una línea de decisiones que aplicadas hacia el futuro puedan generar cierta certeza que para la sociedad resulta relevante que el Derecho tenga. De esta manera, puede ejercerse mayor control sobre los jueces, no permitiéndoles juzgar a su arbitrio, colocando su actuar dentro de límites. Estos límites corresponderían no sólo a las normas jurídicas, sino también al establecimiento de comparaciones (analogías y diferencias) entre casos, para discernir sobre cuáles serán los precedentes aplicables, y cuáles no, a un caso particular.

Cómo lidiar con la posibilidad de arbitrariedad de los jueces ha sido un tema recurrente en la doctrina anglosajona del Derecho, mucho más que en sistemas como el nuestro, dada la situación objetiva de la diferencia substancial que existe respecto al juez, su función y sus atribuciones. Sin embargo, entre las muchas respuestas posibles, desde tan diversas teorías, la que nos interesa es mayormente una: la postura realista. En el próximo apartado trataremos con mayor profundidad el rol del juez en el Derecho

para la doctrina tradicional, y enfrentaremos a esta con lo que pueda ser un realismo jurídico crítico de la función judicial.

“Las previsiones de aquello que los tribunales efectivamente harán, y ninguna otra cosa más pretenciosa, son las que yo entiendo por Derecho”.

Oliver Holmes.

2.7 El Juez y la Administración de Justicia.

En culturas jurídicas como la nuestra, la figura del precedente judicial no ocupa un lugar preferente dentro de lo que se ha llamado “la doctrina como fuente del Derecho”. Sin embargo, la influencia que este ha tenido en países donde predomina el Common Law es primordial para entender la idea de que el juez puede ser creador de Derecho. Se ha dicho a este respecto que el realismo jurídico norteamericano habría resuelto el problema de la jerarquía de las fuentes “de manera inversa al idealismo”⁴⁶, esto es, una preferencia del contrato y la sentencia por sobre las normas jurídicas.

En los Estados Unidos, podemos encontrar que la doctrina mayoritaria ha aceptado como un lugar común, la idea de que el juez establece normas particulares al dictar sentencias⁴⁷, sin embargo, esta idea no es uniforme, en el sentido de que dependerá desde dónde se mira, el alcance o las limitaciones que ese establecimiento tendrá.

⁴⁶ CIURO Caldani, Miguel Angel. “Comprensión Trialista del Realismo Jurídico Norteamericano”. Ideas para el ciclo de estudio del tema “El realismo americano” –en apoyo al Seminario Permanente “La Filosofía del Derecho en América”- organizado por la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Academia de Derecho Internacional y Comparado de la Federación Interamericana de Abogados. Pág. 53.

⁴⁷ OLIVARES, Suying. “Decisiones judiciales: ¿Generadoras de cambios jurídico-sociales? Positivismo Jurídico vs. Realismo Jurídico. En Revista DIKAIOSYNE No. 1. Universidad del Zulia. Venezuela. Pág. 383.

Estamos de acuerdo con que aquellas posturas que niegan que el juez crea Derecho con la decisión judicial, pertenecen a un grupo reducido dentro de las discusiones teóricas actuales. El interés fundamental que podría derivarse de la lectura subyacente de estos postulados es la mantención del *status quo*, al mantener de esta forma el Derecho inamovible, y por ende una sociedad estática. Si además entendemos que el Derecho es el que efectivamente sucede en la realidad, en un tiempo y espacio determinados, podemos concluir que estas posturas son una defensa del sistema de mercado, ya que son –como bien lo dijo Cossio– “funcionales a los intereses de la clase burguesa”⁴⁸. La carencia de valores, sostiene este autor, es, más bien, una pretendida *neutralidad lógica*, la cual, como hemos defendido, no es tal. No habría, ciertamente, neutralidad alguna en la excusa del juez de refugiarse en el Derecho positivo, sino la defensa y mantenimiento de las situaciones sociales en las cuales se encuentra inmerso.

En el sistema de los precedentes, los jueces pueden fundar decisiones legales concretas en contra de la hegemonía del código, contra el Derecho abstracto. Lo que impera es el Derecho “situado” del caso concreto, el cual tiene la complejidad objetiva de aquello que es producto de múltiples

48 COSSIO, Carlos, La Gnoseología del Error. La Ley. Editorial Losada, Buenos Aires, 1961 .

factores y variables, además cambiantes como la realidad misma en la cual se desarrolla.

Oliver Holmes, quien fuera Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, fue un fuerte defensor de la idea de que la práctica jurídica tiene un sentido económico-social. De esta manera, más que concebir al Derecho como un sistema deductivo, hay que estudiar por qué éste llegó a ser lo que es, es decir, realizar un estudio histórico del Derecho acompañado con un sentido económico-social (desde el liberalismo). El estudio de la historia del Derecho sirve para entender lo que es, ya que no podemos concebirlo como lógica, sino como experiencia misma. Holmes concibió el Derecho como una previsión de lo que los Tribunales efectivamente harán⁴⁹. La práctica jurídica es la fuente del Derecho, éste ocurre en los Tribunales y no en las normas. Las normas aconsejan al Juez sobre cómo proceder, van dirigidas al ciudadano y no son simplemente textos, sino previsiones de cómo va a actuar el tribunal en un caso determinado.

Para Karl Llewellyn el Derecho tampoco residiría en las normas jurídicas, sino que en la realidad social. La sociedad se daría un orden a sí misma y el Derecho podría aportar a aquel orden pero siempre en una

49 FASSÓ, Guido. "Historia de la Filosofía del Derecho". V.3. 1988. Pág. 217.

mínima proporción. El Derecho será, para este autor, “aquello que los jueces harán en cuanto a las controversias”⁵⁰.

En ambas posiciones, el Derecho se configura siempre con la reunión de diversos componentes, los cuales tienen origen en la realidad objetiva donde ese Derecho se ha gestado y todas sus modificaciones tienen directa relación con este origen. Los hechos cobran vital relevancia y las normas jurídicas se sumergen en lo difuso de la realidad jurídica, para transformarse en una más de las ideas y factores que puedan guiar el quehacer del juez.

Benjamín Cardozo fue, junto a Oliver Holmes, quien puso mayor énfasis en la necesidad de que los jueces tengan siempre presente las realidades sociales para poder tener una comprensión y conocimiento profundo sobre los factores que influyen y forman al Derecho. Él vio en el proceso judicial la confluencia tanto de la creación de normas como su descubrimiento, pero en cuanto se trata de decidir le dio relevancia a la justicia como ideal ético superior a cualquier regla o precedente. Este leve idealismo es lo que lo distancia de autores más pragmáticos, como Oliver Holmes.

50

Llewellyn, Karl. "The Bramble Busch", Oceana Publications, Nueva York-Londres-Roma, 1991. Pág. 13.

Sobre la problemática de la decisión jurídica y la interpretación del Derecho que realiza el juez nos referiremos a continuación.

2.7.1. Las decisiones judiciales: Un paso más allá.

El Realismo Jurídico Norteamericano le otorgó a la figura del Juez la característica de poder crear o modificar el Derecho haciendo un discernimiento sobre la norma y los hechos que rodean al caso particular. Este discernimiento sirve para la conformación del precedente judicial que, concebido como aplicación del Derecho “caso a caso”, encuentra su utilidad en sentar una base para la decisión de otros jueces en casos posteriores. Para los realistas norteamericanos, en la construcción del Derecho, el legislador tiene principalmente una función recopiladora de leyes y códigos, los destinatarios de estos son los ciudadanos, y la principal fuente del Derecho es el Juez que lo aplica.

Para Oliver Holmes, las normas son meramente indicativas, por lo que el Juez tiene un amplio arbitrio en su labor decisoria. Propugnó la necesidad de un análisis histórico de las normas en el Derecho, ya que esta es una práctica inductiva y razonada, siempre revisable desde la labor judicial. Para este autor, lo que existiría realmente son normas sociales, y los Tribunales convierten esas normas sociales en actos jurídicos. El Juez se

transforma entonces en el eco de lo que la comunidad reclama y la valoración principal que éste tiene que hacer es decidir qué es lo conveniente para la comunidad interesada.

Siguiendo esta línea, los jueces, como actores sociales, tienen una responsabilidad con la comunidad de la cual son parte. Deben comprender que el rol que juegan en la sociedad es trascendental para la vida de las personas involucradas en sus decisiones, y muchas veces, lo será también para el resto de los ciudadanos. Es por esto que una crítica a los jueces normativistas se vuelve relevante, ya que en la lógica en que opera este tipo de jueces, es muy fácil refugiarse tras el velo de la ley para no enfrentar las consecuencias de sus sentencias. El desentendimiento de las consecuencias reales, es decir, de la aplicación efectiva de las decisiones jurídicas en la realidad, es disfrazado de apego estricto al tenor literal de la ley. Estos jueces normativistas hacen caso omiso de cualquier suceso posterior que pueda ser consecuencia de la ejecución de la sentencia, ya sea negativo o positivo. Él dirá que está cumpliendo con su deber acatando las normas positivas, y si algo negativo proviene de ese hecho, su justificación será “hice lo que la ley dijo que había que hacer”⁵¹. Lo que es

51 Esta idea está tratada en la obra del Profesor Enrique Pedro Haba: “Metodología Realista-Crítica y ética del Razonamiento Judicial”. Revista DOXA No 25, Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2002. Capítulo 2 y siguientes.

legislador democráticamente electo me ha encomendado a través de su mandato.

Para que un juez pueda tomar la decisión dirigida a dirimir un conflicto, este tendrá primero que interpretar el derecho vigente. Para los jueces normativistas esto es lo primordial, centrando su decisión en las normas del derecho positivo, para luego aplicarlas a un caso concreto que pueda circunscribirse dentro de ellas. La idea de que se pueda dar un paso más allá, es fundamentalmente una propuesta realista, ya que no se trata de que en la decisión el juez además integre a las normas jurídicas otras normas (ya sean sociales, morales, de justicia, etc.), como bien podría sostenerse desde el iusnaturalismo o desde el positivismo de Kelsen, sino de cuál es el rol que juega la aplicación de esta decisión en ese caso en particular y en el contexto que lo rodea. El paso más allá lo daría el juez realista, al incluir en su decisión esta última idea –el contexto- como un factor tanto o más relevante que la misma norma jurídica o cuerpo legal. Sin embargo, no es posible dejar fuera que existen ciertos casos, y lamentablemente más de los que quisiéramos, en donde el contextualismo es eminentemente conservador del status quo.

Las consideraciones que el juez realista tendría que hacer al momento de aplicar el derecho, al momento de crear derecho, pueden ser varias. A modo de ejemplo: el contexto social donde se está tomando la

decisión, la situación socioeconómica del sujeto a quien le es aplicada, el nivel cultural del lugar (país, ciudad, etc.), el nivel cultural del sujeto mismo, su situación laboral, a quién o quiénes les afectaría la decisión, a quién o quiénes la decisión no podría afectarles, entre otras⁵². En palabras de Jerome Frank⁵³:

Esta figura de juez realista en una cultura jurídica como la anglosajona es plenamente aplicable y deseable, también así pudiese serlo en la cultura jurídica occidental -como la nuestra- lo cual sería un giro radical que remecería más de un espíritu dogmático. Quienes creen y defienden que las cosas deben mantenerse tal cual son, quienes prefieren el status quo ante la inestabilidad del cambio son quienes mediante su re-producción de la manera actual de hacer Derecho, son cómplices de un sistema obsoleto, lleno de disvalores y dirigido a resguardar los intereses de unos

52 HABA, Enrique P. "Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial". En: Revista DOXA No 25. Págs. 42 y 43.

53 FRANK, Jerome. "Una defensa de las escuelas de abogados". En: "La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía", compilación de Böhmer, Martin. Ed. Gedisa, Argentina, 1999. Pág. 43.

pocos. Todos saben cómo realmente funciona el aparato judicial, y es posible arriesgarse a sostener que la mayoría de la sociedad se encuentra disconforme con él, mas el cambio parece aún más aterrador cuando lo que está en juego son los intereses de quienes dominan y tienen el poder suficiente para mantener el status quo.

Jerome Frank por su parte, sostuvo que las decisiones de los jueces son reflejos de su experiencia personal. Existirían diversos factores que afectan su noción de los hechos del proceso, “dónde nació y se educó, las personas que conoció, sus padres, sus profesores y compañeros, la mujer con la que se casó, los libros y artículos que leyó”⁵⁴, entre otros. Los jueces no pueden abstraerse a tal punto de olvidar quiénes son, es por esto que sus decisiones siempre estarán, en alguna medida, influenciadas por los componentes de su personalidad, sus prejuicios, sus creencias, etc. Para este autor algo tan evidente como que los jueces son seres humanos, es un factor que los teóricos del Derecho parecen obviar, concibiendo a los jueces como meros aplicadores del Derecho, como si todo sucediera de manera mecánica. No existe un juez en el mundo cuya mente no tenga estos prejuicios, cuyas decisiones no estén relacionadas en algún modo con los factores que lo han forjado de determinada manera.

54 FRANK, Jerome. “Una defensa de las escuelas de abogados”. En: “La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía”, compilación de Böhmer, Martin. Ed. Gedisa, Argentina, 1999. Pág. 40 y 41.

Lo anterior, no podemos catalogarlo como algo bueno o malo, sino más bien como una constatación de lo que efectivamente sucede en los hechos, en la práctica. Omitir y crear teorías que nos pretendan señalar que en definitiva, el juez no opera con discrecionalidad, sino que a la larga utiliza los principios que son la objetivización de la moral. Como lo ha señalado Dworkin, es disfrazar la realidad, es hacer teoría obviando las características propias de las personas que son las encargadas de la aplicación de las normas. La purificación teórica normativa es una falacia.

El realismo norteamericano, asume la tesis de la unidad de solución justa, es decir, que los principios no sólo limitan política o moralmente la discrecionalidad judicial sino que lo hacen también y sobre todo cognoscitivamente, como portadores de un significado unívoco descubrible por el juez.

2.7.2. La interpretación del Derecho

Hemos recalcado hasta aquí el rol primordial que ocupa el juez en la creación del Derecho. Dijimos también que la manera como el juez creaba Derecho era a través de la decisión judicial, esto es, a través de la aplicación de una metodología jurídica a un caso concreto, en donde, primeramente el juez debe resolver el caso sometido a su decisión interpretando el Derecho vigente. Esta tarea, que a simple vista resulta sencilla, no es tal, en cuanto existen múltiples interpretaciones posibles. En efecto, cada parte, tiene versiones y teorías de los casos propias, por ejemplo, en cuál será la normativa aplicable, o en cuál es el “verdadero” sentido de una norma⁵⁵; asimismo el juez puede tener otra interpretación.

De este hecho se desprenden ciertas consecuencias que para una crítica realista son fundamentales: 1) no se puede demostrar que existe una sola respuesta jurídica correcta para resolver un caso particular; 2) el Derecho, de manera interna, posee incoherencias, contradicciones (antinomias) y vacíos (lagunas); y 3) el juez posee un espacio de discreción donde puede optar por una u otra posibilidad, las cuales podrán presentarse incluso como excluyentes. Resulta importante acotar que estas

55 HABA, Enrique P. “Rehabilitación del No-Saber en la actual Teoría del Derecho. El Bluff Dworkin. (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)”. En Revista DOXA No 24, 2001. Pág. 195.

“La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político.”

Hans Kelsen

consecuencias corresponden a hechos del Derecho, que no deben dejar de ser observados por cualquier teoría crítica.

A continuación nos centraremos en cada una de estas cuestiones y expondremos brevemente lo que han sido, a grandes rasgos, las discusiones en torno a ellas.

2.7.3. ¿Una sola respuesta jurídica correcta?

Es usual reconocer en autores contemporáneos que critican al “positivismo en general” la idea de que debe existir una respuesta única correcta ante un conflicto jurídico determinado⁵⁶. La argumentación se centra en la concepción del Derecho como un sistema completo y coherente –el aspecto lógico-, la necesidad de controlar a los jueces para evitar la arbitrariedad y la seguridad que el hecho de que exista una sola respuesta

56

Dworkin es un buen ejemplo de este tipo de tesis.

correcta pueda generar para la estabilidad y mantenimiento del ordenamiento jurídico.

Por un lado, Kelsen sostuvo que en el camino de la interpretación del Derecho que hace el juez, éste se encontrará con varias posibilidades de aplicación de normas jurídicas, esto ya que para el autor la interpretación no puede ser más que la determinación de un marco de aplicación donde pueden coexistir varias decisiones, que mientras estén cotejadas con la norma general, tendrán el mismo valor⁵⁷. Entonces lo que el juez está haciendo no es una operación de deducción de una norma general a una particular, sino que fijando, con las características del hecho jurídico, el cerco normativo donde ubicar a este último. Si la interpretación fija tan sólo un marco, entonces pueden existir varias posibles respuestas “correctas” que quepan dentro de ese marco. Su postura es férreamente opuesta a la concepción que plantea una sola respuesta jurídica correcta, es más, Kelsen reconoce en la actividad del juez un acto de voluntad al interpretar, en contra de la idea de que aplicar la ley sea el resultado de un método lógico-deductivo al estilo puritano del formalismo más dogmático. A este respecto dice⁵⁸:

57 KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Segunda edición, 1960. Editorial Porrúa S.A., México Traducción de Roberto J. Vernengo. Octava edición, 1995. Pág. 351.

58 *Ibíd.* Ídem. Pág. 352.

esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.”

Por otro lado, la idea de que no puede haber una sola respuesta jurídica correcta está fuertemente vinculada con una concepción no-sistemática o extra-sistemática del Derecho y con una idea de discreción judicial en sentido fuerte. Para sostener esta postura, hay que interrelacionar estas ideas, en contra de las precisiones anteriores hechas por los teóricos formalistas lógicos. De este modo, el Derecho, al no ser un sistema meramente lógico-racional, tendría como característica fundamental el ser flexible. Si concebimos al Derecho, o más bien, no lo definimos (no lo determinamos) de ninguna manera en particular, podríamos dejar abierta la posibilidad de que se den varias posibles respuestas correctas en su aplicación, ya que muchos factores podrían confluír en un momento determinado que enriquecieran o empobrecieran una decisión jurídica. Si el Derecho no es un sistema, entonces no existe una predeterminación de las decisiones jurídicas, ya que sería una falacia lógica para el racionalismo derivar una norma particular de una incierta o indeterminada completamente.

Nos parece criticable que lo que se identifica como una respuesta jurídica “correcta” tenga más que ver con su relación formal con el Derecho, que con su contenido. Lo que está en juego para la concepción formalista del Derecho es cuál precepto legal, del espectro de textos disponibles, será aplicable al caso particular para “dirimir” el conflicto. La preocupación va enfocada a la búsqueda de respuestas ya pre-establecidas por el ordenamiento jurídico positivo, más que a lo que pueda ser justo o no, por ejemplo, o si esa norma a aplicar pueda o no ser eficaz en la realidad donde se está aplicando. Importa mantener y asegurar la racionalidad del procedimiento. Esta última idea es típica de los teóricos formalistas del lenguaje, quienes se esmeran en crear sistemas ideales para luego aplicarlos en la realidad, esperando que las personas del Derecho se comporten como ellos han estimado racionalmente que debiesen hacerlo. Incluso, hasta teóricos como Dworkin, reconocen que la decisión basada en los principios que ofrece como alternativa de la discreción judicial también puede ser criticable por los defensores de la certeza jurídica, al ser los principios un tipo de normas que no anuncian de un modo explícito los derechos de las partes, y separa, al menos en los casos difíciles, la publicidad del derecho de su publicación formal en coherencia con la defensa que realiza de la existencia de dos formas de validez jurídica: la validez basada en la pertenencia a un sistema jurídico, de acuerdo con la cual una norma tiene carácter jurídico si forma parte de un sistema

identificable como jurídico por criterios como la regla de reconocimiento hartiana, y la validez como obligatoriedad, de acuerdo con la cual una norma es jurídica si es moralmente obligatoria. Los principios serían válidos, tendría existencia jurídica, de esta segunda manera.

Dworkin percibe por tanto en los principios no sólo una forma de conexión interpretativa entre el Derecho y la moral sino, como directivas jurídicas que son, una fuente de certeza que habría sido ignorada por el positivismo, pero nunca llega a aceptar la tesis de la unidad de solución justa como los realistas norteamericanos. Esto significa que los principios no sólo limitan política o moralmente la discrecionalidad judicial sino que lo hacen también y sobre todo cognoscitivamente, como portadores de un significado unívoco descubrible por el juez.

Sostendremos que pueden haber, dentro de la metodología de la decisión jurídica, varias posibles respuestas para resolver un caso, ya que en ella no influirán tan solo los preceptos contenidos en los textos legales que el juez deberá atender, sino también otros factores que involucran un análisis más completo de la particularidad del caso, que apuntan a la interdisciplinariedad del Derecho como premisa del realismo jurídico. Siempre habrá casos que son y serán distintos a cualquier otro, ya que no

sólo el hecho jurídico tendrá diversas características, sino también influirán en su particularidad el contexto histórico y social donde se den tales casos⁵⁹.

Los párrafos a continuación están dedicados a tratar con mayor precisión las ideas que giran en torno al problema de la interpretación del Derecho en la aplicación del mismo en la resolución de conflictos jurídicos.

2.7.4. ¿Es el Derecho un sistema?

Aquellas posturas que defienden que el Derecho tiene que responder a una sistematicidad, pretenden mantener una suerte de racionalidad decisional a través del respeto irrestricto a la ley. Sin embargo, cabe advertir el hecho de que puede suceder, por ejemplo, que una norma sea irracional en su contenido. Los autores que ubicamos en estas posturas sostienen que existen unas fórmulas “racionales”, las serían lo bastante precisas como para utilizarse con un contenido unívoco en la resolución de los conflictos sometidos al conocimiento del juez. Estos autores comprenden al Derecho como un sistema justamente porque, según ellos, cualquier problema jurídico que sea planteado puede resolverse de manera racional.

59 Verbigracia dos sentencias por delito de DD.HH., una en Chile en los años 80, en plena dictadura militar aunque con régimen constitucional y la otra en el 2010. El contexto es radicalmente diferente, y aunque se apliquen las mismas normas el resultado será claramente distinto.

El pensamiento de los juristas y los jueces queda entonces sometido a estas fórmulas racionales, donde se podrá encontrar la solución jurídica correcta⁶⁰.

Una muy buena crítica a la idea, que ha sido incorporada sin más en la mayor parte de la doctrina jurídica actual, de que el pensamiento jurídico es “racional” la realiza Hans Albert, quien dice:

“A mi juicio, constituye una auténtica traba en la discusión sobre la racionalidad, que la palabra “racional” es a menudo –aunque no siempre– usada sobre todo como un término valorativo, de modo tal que algunos teóricos [así: Rawls, Habermas, etc.] tratan de meter en su concepto de racionalidad todo lo que consideran bueno, y otros temen llamarle “racionales” a, por ejemplo, las acciones de los delincuentes, porque estas no armonizan con nuestras exigencias morales”

Lo que autores como Albert denuncian, es que el término “racional” es utilizado para establecer juicios de valor sobre los objetos de estudio, dejando entrever el dogmatismo que de estos formalismos se deriva. De esta manera, la pregunta sobre cómo se entiende qué tipo de racionalismo defienden estos autores lleva a la identificación de sus argumentos con una postura extremadamente formalista, develando con sus defensas el dogmatismo enraizado en sus concepciones del Derecho. Según ellos la fortaleza del Derecho reside en su forma, en su estructura lógica, mas le

60 Albert, Hans. “Crítica de la hermenéutica pura” Tubinga, 1994. En: Haba, Enrique P. “Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón “constructivista”: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?” Revista DOXA No 23 (2000). Pág. 566.

atribuyen al formalismo un juicio de valor “positivo”, lo cual deviene en dicho dogmatismo: todo lo racional es bueno, todo lo no racional (llámese intuitivo, emocional, ético, sociológico, político, histórico, etc.) es malo.

En el argumento formalista subyace la idea de que el Derecho es un sistema ordenado, coherente, completo, que puede ser entendido como un todo, una unidad aparte de los “otros” sistemas. Esta es su manera, al estilo kelseniano, de “limpiar” el Derecho, al no mezclarlo con otros análisis, otras visiones posibles de tan complejo objeto de estudio.

2.7.5. Discrecionalidad no es arbitrariedad.

La discrecionalidad del juez será estimada, para efectos de esta tesis, como un espacio donde el juez puede elegir entre diversas posibilidades de aplicación del Derecho, mutuamente excluyentes. En sentido fuerte, esta expresión significa que no existe solo una respuesta correcta⁶¹. Con que exista tan solo la posibilidad de elección entre alternativas, ya sean interpretaciones, normas o principios, se puede argumentar que la opción final, la respuesta jurídica aplicable al caso, responde a algo más complejo

61

GARRIDO Gomez, María Isabel. “La predecibilidad de las decisiones judiciales.” Revista Ius et Praxis, año 15, No 1. Pág. 59

que la sola deducción lógica que de un espectro normativo el juez pueda realizar.

Quienes postulan que al juez le sean aplicadas pautas y reglas arguyendo valores como la seguridad jurídica, la imparcialidad y la responsabilidad de los jueces, suelen simpatizar con la aplicación reaccionaria de modelos restrictivos y obsoletos, especialmente en las oportunidades en que se puede constatar alguna conducta criticable de un juez. La utilización del precedente judicial como factor de certeza” y la correspondencia con las soluciones del superior jerárquico son los típicos ejemplos de aplicación de este tipo de pautas sobre los jueces⁶². Este sistema ha sido caracterizado por autores como el Magistrado del Tribunal Supremo Español Andrés Ibáñez de la siguiente manera:

El problema de la arbitrariedad de los jueces fue criticado también por los realistas más radicales, entre quienes ubicamos a Jerome Frank y a Karl Llewellyn. Ellos propusieron que los jueces debían ser vigilados, porque

62 Ibáñez. Perfecto A. “Democracia con jueces”. En: Vásquez, Rodolfo; Orozco, Jesús y Malem, Jorge. “La Función Judicial”. Editorial Gedisa. España, 2003. Pág. 253.

no se puede evitar que obedezcan a un interés, el cual podría ser cualquiera. Comprendieron que el Juez podía influir en la sociedad y la sociedad en los jueces, es por eso que derivaron en posturas parecidas al iusnaturalismo y al realismo crítico en general (no propiamente jurídico), situando el orden de certeza fuera del Derecho.

Frank sostuvo que es deseable que los juicios sean imparciales, y para esto se requiere de jueces imparciales, sin embargo, se ha entendido la imparcialidad como “total ausencia de prejuicios en la mente del juez”, lo que es prácticamente imposible. Por esto Frank puede sostener que si así se concibe la imparcialidad entonces nunca ha existido ni existirá un juicio imparcial.

Nos preocupa que la arbitrariedad de los jueces pueda ser confundida con la discrecionalidad con la que cuentan para tomar decisiones. La diferencia entre ellas puede ser efectivamente difusa, pero más que intentar delimitarlas de manera teórica -lo cual sería una actividad improductiva y ociosa-, lo que puede hacerse es un juicio sobre los efectos de una y la otra en la realidad. La arbitrariedad suele identificarse con una valoración negativa, que provoca resultados evidentemente injustos para una de las partes o para ambas. Sin embargo es necesario asumirlo: no existen los jueces imparciales. No identificamos la arbitrariedad con el desapego a la norma jurídica, ya que podría suceder que la aplicación de

cierta norma por sobre otra resulte de algún modo arbitraria. Lo que entendemos es que el problema tiene más sentido cuando se pregunta: arbitrario respecto de quién, o para quién. Podría decirse que las decisiones arbitrarias son un extremo negativo de la discrecionalidad de los jueces, siempre respecto de quienes a los que se aplica la decisión.

Las teorías formalistas del Derecho pretenden poner la seguridad jurídica como argumento para la sujeción del juez a las leyes vigentes. Estas leyes le entregarían al Juez ciertos límites para su actuar. Sin embargo, cabe discutir si el juez puede hacer eso que la ley dice que puede hacer. El argumento que defenderemos es que el juez no puede hacer lo que los sistemas de Derecho codificado le dicen que puede hacer. Los jueces no pueden evitar utilizar factores extra-jurídicos en su decisión.

Roscoe Pound consideraba que el juez debía ser libre para poder deliberar. En lugar de estar sujeto a las normas positivas y a la “voluntad del legislador”, en lugar de glorificar el pasado –que obstaculiza el cambio social- y atenerse a los límites formales de un precedente rígido. El juez en esta libertad no estaría gozando de arbitrariedad para dirimir los conflictos jurídicos, sino participando de un espacio constructor de un derecho que se corresponda con la realidad social en la cual está inserto. Esta correspondencia no implica pasividad, en el sentido de la paciente observación de las realidades para hacer coincidir al Derecho con ellas, sino

más bien la consciencia del rol que el juez como creador de Derecho cobra en la sociedad.

2.7.6. La “Jurisprudencia Sociológica” de Roscoe Pound

La aplicación de perspectivas sociales a la discusión jurídica fue un trabajo de varios autores, todos ellos coetáneos (entre finales del siglo diecinueve e inicios del siglo veinte), entre los cuales los más reconocidos son Emile Durkheim (1858 – 1917), Max Weber (1864 – 1920) y Roscoe Pound (1870 – 1964). La visión del Derecho de este último autor lo llevó a sostener que lo importante era identificar los objetivos que el Derecho se proponía cumplir y luego examinar si las normas atendían aquellos objetivos. Si las normas no realizaban estos objetivos, entonces debían ser modificadas. Este planteamiento fue considerado como radical por los teóricos del Derecho de la época de Pound, donde sabemos imperaban las visiones formalistas.

En pleno siglo veinte, el desarrollo de teorías sobre la jurisprudencia encontró sus opuestos en la jurisprudencia analítica y la jurisprudencia sociológica. Al contrario de lo que propusiera la primera de éstas, el estudio del Derecho debía alejarse de los meros conceptos, para ir en busca de un

“derecho en acción”⁶³. De esta manera la investigación jurídica iba en busca de la efectividad de las normas, de los efectos del Derecho al ser aplicado.

El análisis y el estudio de la jurisprudencia, es decir, de los fallos de diversos tribunales en un período de tiempo determinado, podrían ser abarcados desde los conceptos del Derecho -como los juristas y filósofos analíticos lo hicieron- y desde allí efectuar conclusiones teóricas. Este enfoque apriorístico se preocupó más de desarrollar aquellos conceptos de manera previa, para luego examinar la jurisprudencia de los tribunales. Una idea preconcebida de lo que era el Derecho se imponía ante cualquier intento de practicidad.

La aproximación sociológica de Pound se condice con su Teoría del Derecho, la cual rescata la aplicación práctica ante la discusión meramente conceptualista. Plantea que el derecho tiene objetivos, que esos objetivos pueden ir cambiando con el tiempo dada la flexibilidad natural de la realidad que los determina. La realidad social puede ir generando nuevos fines para el Derecho y éste debe poder alcanzarlos y realizarlos. Si las normas no encuentran esos objetivos y los realizan, entonces esas normas deben ser reemplazadas por otras que sí lo hagan. Este enfoque se aproxima a visiones del Derecho que abogan por la interdisciplinariedad y constante

63 BIX, Brian H. "Diccionario de Teoría Jurídica". Traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Pág. 71.

retroalimentación entre el ámbito jurídico y social. El diálogo que entre estas disciplinas puede generarse permite la adaptación del Derecho a las nuevas realidades.

Los realistas jurídicos norteamericanos se vieron inspirados en la jurisprudencia sociológica de Pound, siguieron su trabajo para desarrollar una teoría “más realista” del Derecho. Luego, Pound se distanciaría de posiciones más radicales del realismo jurídico, como la de Karl Llewellyn⁶⁴. Este último propondría una “jurisprudencia realista” frente a la sociológica de Pound. Su concepción mucho más crítica de cómo se ha concebido al Derecho hasta ese momento lo sitúa como uno de los principales teóricos del realismo jurídico norteamericano para las generaciones posteriores.

Llewellyn trabajó con Roscoe Pound, como un discípulo con un maestro, ayudándolo en algunas investigaciones. Lo conoció a él y a su obra, la cual analizara posteriormente y realizara ciertas críticas a su trabajo. Llewellyn se refiere a Pound como un “amante de las teorías” y dedica gran parte de su libro “Jurisprudence: Realism in Theory and Practice” a analizar y revisar la obra de Pound. En ese texto Llewellyn recorre particularmente la obra jurisprudencial de Pound y critica ciertos puntos de su teoría, en otras partes devela ciertas omisiones que le parecen fundamentales, entre otras

64 BIX, Brian H. “Diccionario de Teoría Jurídica”. Traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Pág. 203.

cosas. Fundamentalmente lo que Llewellyn hace es criticar a Pound desde una posición más radical del realismo, pero lo alaba al mismo tiempo, reconociendo en él una figura trascendental en la intelectualidad norteamericana de su época. Llewellyn tenía una gran admiración por su trabajo, pero también la tenía por el trabajo de John Dewey, con quien compartiera mayor afinidad teórica. Es justamente la omisión que Pound hace del pensamiento de Dewey en sus obras lo que a Llewellyn le parece reprochable y le critica este punto abiertamente. Él sabía muy bien que si Pound no se refería a algún teórico o alguna teoría en particular, no era porque simplemente se le hubiese escapado, o porque no estuviera a su alcance, “nada nunca está fuera de su alcance” dice Llewellyn al referirse a su maestro.

Quizás el punto más relevante en la crítica de Llewellyn a Pound sea justamente el que se refiere a la jurisprudencia sociológica. Él sostiene que a Pound no le preocupaban los efectos reales ni la aplicación misma del Derecho, ya que si hubiese sido así habría escrito sobre el proceso y el hacer mismo del Derecho, con sus detalles buenos y malos, más que sobre teoría.

2.8 La estaticidad y la dinamicidad del Derecho

Como hemos sostenido, no existió en los Estados Unidos una escuela Realista del Derecho, por lo tanto aceptamos también que no hubo un desarrollo uniforme de sus ideas y planteamientos. Sin embargo, un punto común de encuentro entre sus principales exponentes es la idea de que a través de las concepciones formalistas del Derecho, el desarrollo del mismo se estanca y se extravía de las necesidades reales de la sociedad.

Detrás de esta idea, se encuentra la aceptación de un hecho fundamental: la sociedad se encuentra en permanente movimiento. Evidencia de esto es la progresiva complejización de las relaciones sociales, de las relaciones de producción y de las consecuentes necesidades que surgen de ellas. El problema surge cuando el Derecho se encuentra tan firmemente “solidificado” por su propia estructura que deja de responder a las nuevas necesidades que la sociedad puede demandar en un momento determinado. La rigidez de las reglas establecidas ya no permite

“En una palabra, un estilo formal está predestinado, más pronto o más tarde, a convertirse en un mal estilo que obligará a los hombres de Derecho a recurrir a las ficciones, a la interpretación espuria y a todas sus consecuencias, que se manifiestan lo mismo en la confusión como en el arbitrio que escapa a todo cálculo.”

proporcionar una solución jurídica adecuada a los conflictos interpersonales, o en palabras de Karl Llewellyn⁶⁵:

A finales del siglo XIX en los Estados Unidos predominó la corriente formalista del Derecho, lo cual es obra de los “hombres de Derecho”, es decir, el predominio de esta corriente se debió a la práctica de los jueces, abogados y juristas. Esto fue visto por Karl Llewellyn como, si bien no un concierto general, la utilización del Derecho para la defensa de ciertos intereses⁶⁶. Para este autor el Derecho cumple una función social, es decir, su preocupación es por la eficacia de las normas más que por su origen, validez, etc. El formalismo habría obviado esta función del Derecho, sus

65 LLEWELLYN, Karl. N. “Belleza y Estilo en el Derecho”. Traducción y prólogo por José Puig Brutau. Editorial Bosch, Barcelona. 1953. Pág. 74

66 Llewellyn sostiene: “No puedo admitir ninguna teoría que pretenda fundarse en algo que se aproxime a una conspiración debida al convencimiento de que la manera formalista de trabajar era un medio más apropiado para la rapacidad, aunque me impresiona poderosamente el hecho de que, tan pronto fue aceptada, el abogado del explotador y hombre de empresa se lanzó sobre ella como zorra a los polluelos.” (LLEWELLYN, Karl. N. Belleza y Estilo en el Derecho. Traducción y prólogo por José Puig Brutau. Editorial Bosch, Barcelona. 1953. Págs. 51 y 52.)

consecuencias efectivas en la realidad social, y habría puesto en el lugar central de la teoría a la lógica jurídica, a las normas abstractas y la razón.

Reconocemos entonces la función creativa del Derecho aplicado, tanto como en quién lo aplica como en quién es el receptor de la norma jurídica particular (a quién le afecta la decisión). La aceptación de que el Juez es creador de Derecho tiene una muy relevante consecuencia para la discusión sobre la estaticidad y la dinamicidad del Derecho.

Roscoe Pound le dio particular importancia a la idea de que había que observar el Derecho vigente y a sus sujetos, y compararlo con el pasado reciente para poder darnos cuenta de que con el transcurso del tiempo y la evolución de la sociedad, el Derecho va quedando obsoleto. Por eso el jurista del mañana se verá en la necesidad de “una nueva teoría filosófica del Derecho, buscará una nueva concepción filosófica del fin del Derecho y, al mismo tiempo querrá una nueva concepción filosófica que le permita mantener y resguardar la seguridad general de la sociedad toda⁶⁷” y no la seguridad jurídica en particular. Para este autor, la tarea del jurista es alcanzar la justicia para su tiempo y lugar.

⁶⁷ POUND, Roscoe. “An Introduction to the Philosophy of Law”. New Haven, Yale University Press, USA. Third printing, November 1961. Pág. 24. Traducción libre.

“(...) En una época de profunda transformación, el Derecho –ya fuese como institución o como doctrina- no podría permanecer inalterable (...).”

Karl Llewellyn

2.9 La adaptación de la estructura legal a las condiciones determinadas de una sociedad

Para comenzar a esbozar una posible respuesta realista a este problema, diremos algo que en principio puede parecer polémico: la realidad del Derecho excede al Derecho. Nos referimos con esta idea a que el Derecho es constantemente sobrepasado por la realidad social, esto dado que la sociedad se encuentra en constante movimiento, mientras que el Derecho positivo -si bien puede reconocerse en él algo de movimiento- estará más cerca de la estaticidad que del dinamismo.

Podemos reconocer en los positivistas a quienes por excelencia han sido los principales contribuyentes a este desfase entre la realidad social y el Derecho. Como bien lo advirtiera Benjamín Cardozo (sucesor de Oliver Holmes y de la jurisprudencia sociológica de Pound), el sistema jurídico construido como un sistema rígido sobre las leyes de determinada época está destinado a ser constantemente superado por las nuevas necesidades que en la sociedad cambiante van surgiendo⁶⁸. Él sostuvo que la verdadera fuente del Derecho es la vida misma.

68 FASSÓ, Guido. "Historia de la Filosofía del Derecho". V.3. 1988. Pág. 223.

El recogimiento de normas en textos legales es una actividad que ha caracterizado al Derecho desde hace siglos; mas, de esa actitud no se sigue necesariamente su rigidización. Pareciera que lo que en un comienzo era la búsqueda de un orden sistemático para los jueces y de certeza jurídica para los ciudadanos, derivó en un delirio formalista, envuelto en la pretensión de querer abarcar todas las conductas posibles con la norma jurídica. Luego esta pretensión es, si bien no abandonada, puesta a un lado para dar espacio a la búsqueda de la “verdad jurídica” a través de modelos extremadamente formales y abstractos. De esta manera, lo que quiso haber sido la solución al problema de desadaptación del Derecho a las nuevas realidades, promoviendo un sistema aplicable a cualquiera de ellas (sin contenido), terminó rigidizando aun más el modelo.

CONCLUSIÓN

Como hemos analizado, el movimiento que surgió a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en el seno de la cultura jurídica estadounidense, denominado Realismo Jurídico, es posible denominarlo y comprenderlo como una Escuela de Derecho, con sus especificidades propias, dadas, principalmente, por los presupuestos filosóficos comunes que tienen.

En efecto, los principales aportes y críticas surgieron respecto de la falsedad que existe en la idea de una total autonomía del derecho, la indeterminación de las normas jurídicas y su posible manipulación política. En este sentido, la Escuela de Derecho del Realismo Jurídico contradice los argumentos que presuponen la impotencia del derecho para alcanzar cambios estructurales en la sociedad, así como la imposibilidad del derecho de aprehender la complejidad social, tanto en sus normas como en su aplicación concreta, a través de la práctica judicial.

Así, los presupuestos del realismo jurídico, que dan el pie para esgrimir que este movimiento fue una Escuela de Derecho, son los siguientes: en primer lugar, los autores que integran esta Escuela, pensaron

en el derecho como un movimiento, un fluir y, en ello, la creación judicial del derecho es el motor de transformación; en segundo lugar, pensaron en la concepción del derecho como un medio para conseguir fines sociales determinados y no como un fin en sí mismo. O bien, dicho de otro modo, comprendieron que cada eslabón de la institucionalidad jurídica ha de ser constantemente examinado según su propósito y efecto, en relación dialéctica de abierta tensión interna-externa, cuyas consecuencias y soluciones portan exigencias de adjudicación reflexiva.

La Escuela de Derecho del Realismo Jurídico adopta una concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más vertiginoso que el derecho. Sus presupuestos consideran la necesidad contingente y frecuente que el Derecho y sus múltiples manifestaciones normativas deban reexaminarse constantemente, a fin de determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir, mediante sus reglas.

En otro orden de cosas, el divorcio temporal entre Ser y Deber Ser conlleva el argumento que, sencillamente, no se puede hacer, de forma inteligente, ningún juicio valorativo respecto a lo que debiera hacerse en el futuro con las diferentes manifestaciones del Derecho. Al menos, no se pueden efectuar juicios sin conocer, objetivamente y tanto como sea posible,

las formas en que dichas manifestaciones de Derecho alteran la realidad concreta donde se aplican actualmente.

Asimismo, otro presupuesto de la Escuela del Realismo Jurídico es la desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales, la desconfianza también hacia la teoría, conforme a la cual las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas son el factor operativo preponderante en la producción de decisiones judiciales. También desconfían de la creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado. Otra de las ideas planteadas por los realistas en sus presupuestos, trata sobre la insistencia de evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar dichos efectos. En definitiva, los realistas jurídicos acentúan sus esfuerzos en acometer constante y programáticamente los problemas del derecho, siguiendo cualquiera de estas líneas de acción.

Para autores contemporáneos, como Alexander Pekelis y Enrique Pedro Haba, los diferentes realismos tienen y encuentran un lugar común en ciertas premisas básicas, cuales son: i) “la insistencia sobre el abismo que existe entre la norma jurídica como ésta aparece en los textos y lo que es en la realidad; ii) una percepción de la falta de correspondencia entre el carácter

abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos; y iii) una conciencia de la naturaleza creadora de la función judicial”⁶⁹.

Estos puntos nos presentan la base teórica mínima para argumentar desde el realismo. Estas ideas fueron compartidas -con distinto énfasis- por todos los exponentes del Realismo Jurídico Norteamericano, lo que nos permite elucubrar, sin necesidad de especificar los detalles de cada autor, cuáles podrían ser las posturas generales en torno a las diversas discusiones que se gestan en esta Teoría del Derecho.

En ese contexto, las premisas que presentamos en los capítulos anteriores no tenían pretensión de exhaustividad, sino más bien intentaban presentar los problemas generales que, desde el Realismo Jurídico Norteamericano, involucrando a sus principales exponentes, pudieran plantearse para la Teoría General del Derecho.

Así, nos permitimos desarrollar, en base a los problemas mencionados, lo que -para nosotras- componen las principales polémicas que se generaron en el seno de la discusión doctrinaria que los realistas expusieron. En rigor, nos interesaron especialmente aquellos tópicos de

69 A. H. Pekelis, “La tecla para una ciencia jurídica estimativa” (trad. R. Sandoval); en Cairns/Hall/Cowan/Pekelis/Frank/Patterson/Kelsen/Chroust, *El actual pensamiento norteamericano*, Bs. As., 1951: 121 s. En: HABA, Enrique P. “Metodología Realista-Crítica y ética del Razonamiento Judicial”. *Revista DOXA* No 25, Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2002. Pág. 22.

interés en la reflexión sobre el empobrecimiento de la enseñanza del derecho y la discusión académica. Estas premisas, como indicamos, son:

- a) La crítica a la filosofía del Derecho imperante en los siglos XIX y XX, principalmente dirigida al formalismo como hegemonía intelectual y al iusnaturalismo y iuspositivismo como teorías basadas, mayoritariamente, en premisas abstractas;
- b) La resistencia a concebir el Derecho como una entelequia aparte de la realidad social, y, particularmente, el escepticismo ante la idea de que el Derecho es el homólogo de la ley. Asimismo, la defensa de la interdisciplinariedad y la multiplicidad de factores que influyen, afectan, complementan y modifican al Derecho;
- c) La crítica al sistema del *Common Law* en los Estados Unidos de los siglos XIX y XX, como sistema jurídico basado en la casuística normativa y en el precedente judicial entendido y pretendido como uniformador de las decisiones judiciales, a través de su aplicación homogénea en la resolución de conflictos jurídicos de iguales características. Esta pretensión consistía en generar, a partir de la recurrencia de decisiones similares en casos parecidos, una suerte de normativa tipo para la resolución del caso a caso;
- d) El reconocimiento en la administración de justicia de que su labor constituye el Derecho mismo, siendo el Juez la figura principal en la creación y modificación del Derecho a través de las decisiones judiciales;
- e) El problema de la estaticidad y la dinamicidad del Derecho, con respecto a una realidad social que lo contiene y constantemente sobrepasa.

A partir de estas premisas fue que desarrollamos, en el cuerpo de esta tesis, en primer lugar, una crítica a la Filosofía del Derecho, en la figura del antiformalismo; en segundo lugar, desarrollamos la idea del escepticismo ante las normas, y, dentro de ello, el lenguaje jurídico y el formalismo; en tercer lugar, planteamos el escepticismo ante los hechos; en cuarto lugar, la crítica al *common law*; en quinto lugar, analizamos al juez y la administración de Justicia. En este episodio explicamos cómo las decisiones judiciales, para los realistas jurídicos, van un paso más allá, no se enfrascan en el apego normativista para fallar, sino más bien en un conjunto de elementos que deben influir en la decisión, sin soslayar que dicha decisión es netamente una decisión teóricamente pura.

En definitiva, pretendemos que, con la exposición en un solo documento de los diversos enfoques de los exponentes del realismo jurídico, es posible determinar y llegar a colegir que nos encontramos ante la presencia de una Escuela de Derecho, que tuvo en su apogeo una influencia determinante para la evolución del Derecho Norteamericano.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA, R. (2007). Posibilidad sentido y actualidad de la filosofía del derecho. *Revista Lus et praxis, Universidad de Talca*, 307 - 341.

ALVARES, A. (1901). *La reforma de los estudios Jurídicos y Políticos*. Santiago, Chile: Impre. Litografía y Encuadernación Turín.

ÁVILA M, A. (1943). El fin de la Carrera (Críticas y sugerencias). *Boletín Semanario de Derecho Público N° 21/22*, 5 - 8 .

BAEZA M, M. (1943). Precedentes históricos determinantes de las reformas de los estudios jurídicos sociales en Chile. *Boletín del Seminario de Derecho Público N° 23/24*, 7 - 47.

BASCUÑAN V, A. (1954). *Pedagogía Jurídica cinco estudios*. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile.

BASCUÑAN V, A. (1960). *Introducción al estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile.

BASCUÑAN V, A. (2007). *Sobre la formación del Agogado en el Siglo XXI, en Jorge Ivan Hübner Gallo, Estudios en su Homenaje*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad del Desarrollo.

BIX, B. H. (2009). *Diccionario de Teoría Jurídica, Traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BOBBIO, N. (1994). *El problema del positivismo Jurídico, Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés*. México DF, México: E. Distribuciones Fontamara.

BÖHMER, M. (s.f.). *La Enseñanza del derecho y ejercicio de la Abogacía, 1a Edición*. Barcelona, España: Editorial Gedisa S.A.

CARDOZO, B. (2004). *La Naturaleza de la Función Judicial*. Editorial Comares.

CAYON, S. (2005). *El realism Jurídico de Jerome Frank Normas, Hechos y Discrecionalidad en el proceso Judicial* . Editorial Boletín Oficial del Estado.

CIURO, C. M. (s.f.). Comprensión Trialista del Realismo Jurídico Norteamericano, Ideas para el ciclo de estudio del tema, El realismo Americano en Apoyo al. *Seminario La Filosofía del Derecho en América, organizado por la Cátedra de Filosofía del Derecho.*

COSSIO, C. (1961). *La Gnoseología del Error. La Ley.* Buenos Aires, Argentina: Comares.

CUNEO M, A. Y. (1973). Las reformas operadas en la enseñanza del derecho en Chile. *Enseñanza del Derecho y el Desarrollo, Valparaíso 5 al 9 Abril de 1971.* Andrés Bello.

FASSÓ, G. (1988). *Historia de la filosofía del Derecho, 3a Edición, Vol. III.* Madrid, España: E. Pirámide.

FRANK, J. (1932). Why not a Clinical lawyer School 81. *University of Pennsylvania Law Review* 908.

FRANK, J. (1933). Why not a Clinical Lawyer Scholl. N° 81 *U Pa Law Review.*

FRANK, J. (1991). *Derecho e Incertidumbre, Traducción Carlos M. bidegain.* México: Fontarama.

FRANK, J. (1999). Una defensa de las escuelas de abogados. *En. La Enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía, compilación de Böhmen, Martin.*

GARCÍA MAYNEZ, E. (1993). *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Lusnaturalismo.* México: Fontamara S.A.

GARRIDO, M. I. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales. *Revista lux et praxis, Universidad de Talca, 55 -72.*

GONZALEZ MORALES, F. (2003). Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile. *Informe de Investigación N° 14, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.*

GUERRERO, R. (Enero - Abril 1997). La enseñanza del derecho en Chile: una visión crítica. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 24 N° 1, 21 - 26.*

GUZMÁN BRITO, A. (2005/2006). La enseñanza del derecho historia y perspectivas Vol 25. *En. Anales del Instituto de Chile , 273 - 382.*

- HABA, E. (2002). Metodología realista crítica y ética del razonamiento judicial. *Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 25, 503 - 531.
- HOLMES, O. (2007). Votos discrepantes del juez O. W. Colmes, Derechos y Libertades . *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* Vol. 11 N° 17, Lima Perú, 253 - 262.
- IBAÑEZ, P. A. (2003). *Democracia con jueces*. España: Editorial Gedisa.
- IRIBARREN C, J. A. (1913). *Los Estudio Jurídico Sociales*. Santiago, Chile: Imprenta Victoria.
- KELSEN, H. (1993). *Teoría Pura del Dercho*. México: Porrúa.
- LABARCA, D. (1978). Breve visión del realismo jurídico norteamericano. *Cuaderno de Trabajo, Centro de Esudios de Filosofía de Derecho* N° 8.
- LATORRE, Á. (1969). *Introducción al Derecho, 2a Edición*. España: Ariel.
- LETELIER, V. (1989). *Reforma de la Enseñanza del Derecho Imp. dela Libertad Electoral*. Santiago.
- LLEWELLYN, K. (1948). *The Current Crisis in Legal Education in Journal of Legal Education* 215.
- LLEWELLYN, K. (1960). *The Common Law Tradition Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Co.
- LLEWELLYN, K. (1962). *Jurisprudence Realism in theory and practice*. University of Chigado.
- LLEWELLYN, K. (1991). *The Bramble Bush*. New York, London, Rome: Oceana Publications.
- LLEWELLYN, K. (1994). Una Teoría del derecho realista el siguiente paso. (C. España, Ed.) *En. El ambito de lo jurídico, lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, 244 - 293.
- LLEWELLYN, K. N. (1953). *Belleza y Estilo en el Derecho, Traducción y Prólogo por José Puig Brutau*. Barcelona: Bosch.
- LOWENSTEIN, S. (1970). *Lawyers, legal education* . International Legal Center.

MARTI, J. L. (Junio, 2002). *El realismo Jurídico una amenaza para el Liberalismo y la Democracia*. México: Isonomía.

MAYORGA L, R. (1970). *La Reforma de 1966 a los Estudios Jurídicos*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.

OLIVARES, S. (s.f.). Decisiones Judiciales ¿Generadoras de Cambios Jurídicos-sociales? Positivismos Jurídico v/s Realismo Jurídico. (U. d. Zulia, Ed.) *Revista Didaiosyne N° 1*.

OLIVECRONA, K. (1980). *Law as Fact (El Derecho como Hecho) 1a Edición*. Barcelona, España: Labor.

PACHECO, M. (2004). *Teoría del Derecho, 5a edición*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.

PÉREZ S, C. (s.f.). Positivismo Escrito Complementario Cátedra Teoría General del Derecho del Profesor Carlos Pérez Soto, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. *Escrito sin Editar ni publicar*.

PÉREZ, J. (2006). *La enseñanza del derecho en EE.UU*. Santiago, Chile: Palestra Editores S.A.

POUND, R. (1938). *The formative era of American law*. Boston: Little Brown and Co.

POUND, R. (1950). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.

POUND, R. (1954). *El espíritu del common law*. Barcelona: Bosch.

POUND, R. (1965). *Justicia conforme a derecho*. México: Letras.

POUND, R. (1972). *Introducción a la filosofía del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina.

POUND, R. (2005). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau, Edición al cuidado de Joosé Luis Monereo Pérez, XXXVIII 193 págs. en Revista de Estudios Jurídicos XXVIII*. Granada: Comares.

PROGRAMAS DE LOS PROFESORES. (2000). Facultad de Derecho Universidad de Chile. (U. d. Chile, Ed.)

RICORD, H. E. (1971). *Universidad y enseñanza del Derecho*. México: Impresiones Modernas.

RIETTI, D. A. (1928). *La enseñanza universitaria del nuevo derecho*. Córdoba, Argentina.

SALGADO A, B. (1899). *Reforma de la enseñanza del derecho*. Santiago, Chile: Imprenta Cervantes.

SIERA, L. (202). Derecho cambio social y los juristas en Chile, De la estridencia de los 60 al silencio de hoy, apuntes de Clase, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

SORIANO, R. (1986). *Compendio de Teoría General del Drecho*. Barcelona, España: Ariel.

TAPIA V, J. (1973). Escuela de Derecho y el Cambio Social. *En Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo (Valparaíso 5 al 9 de Abril 1971)*.

TRONCO, M. (1990). *El realismo jurídico escandinavo Alf Ross y la doctrina de las fuentes de derecho*. Concepción, Chile: Universidad de Concepción.

TRUYOL, A. (1949). Del homenaje a Roscoe Pound. (U. d. Rioja, Ed.) *Revista de Estudios Políticos N° 46*.

TWINING, W. (1973). *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. University of Oklahoma Press.

WILKER, J. (1987). *Metodología de la enseñanza del derecho*. Colombia: Temis.

WILLIAMS, J. (1983). La Filosofía del Derecho en Chile. *En La Filosofía del Derecho en Chile, Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 1*.

REFERENCIA ELECTRÓNICA

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241243>

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552004002600055&script=sci_arttext

http://www.intercodex.com/DERECHO-INTERESES-CIVILIZACION-EL-PENSAMIENTO-JURIDICO-DE-ROSCOE-POUND_L9788484443971.html

<http://www.uria.com/esp/estudiantes/juristas/j05.asp>

http://es.wikipedia.org/wiki/Filosof%C3%ADa_del_Derecho

http://www.derecho.uchile.cl/?_nfpb=true&_pageLabel=conUriDerecho&url=51212