



Karl N. Llewellyn: *Algo de realismo sobre el realismo*

Los orígenes del realismo jurídico americano

José Ignacio Solar Cayón

Universidad de Cantabria

jose.solar@unican.es

I. La revuelta contra el formalismo. Los precursores del realismo jurídico americano

En las postrimerías del siglo XIX y el comienzo del XX, empieza a vislumbrarse en el panorama jurídico de los Estados Unidos la tímida pero progresiva emergencia de una serie de planteamientos jurídicos críticos y alternativos a la ortodoxia jurídica imperante que, si bien resultaban bastante heterogéneos entre sí, compartían básicamente una actitud relativista, un método empirista y un enfoque funcional. Ello suponía, en buena medida, una traslación al dominio jurídico de una serie de desarrollos epistemológicos que en aquel momento se estaban produciendo en otros ámbitos del conocimiento, como denotaba la revolución científica que estaba poniendo en cuestión el paradigma newtoniano y euclidiano clásico o la irrupción del pragmatismo en el ámbito filosófico.

Desde esta perspectiva, aquella reacción puede enmarcarse en el contexto más amplio de un ambiente intelectual generalizado de desafío frente a lo que hasta entonces había sido una incuestionada concepción del conocimiento. Este clima intelectual, que ha sido definido como de “revuelta contra el formalismo” (White, 1949), implicaba una decidida voluntad de pasar “de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de fines individuales a fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas” (Paul, 1959: 17).

1. El pragmatismo filosófico como telón de fondo.

En este contexto general, un elemento decisivo para la conformación de un pensamiento jurídico alternativo fue precisamente la influencia del pragmatismo filosófico. El talante antimetafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad, socialmente sentida por determinados sectores políticos y jurídicos, de articular un pensamiento enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba.

Para el nuevo movimiento filosófico, iniciado por Charles S. Peirce en la década de 1870 y cuyos principios habrían de ser sistematizados años más tarde por William James, el conocimiento ya no podía resolverse en una mera relación estática de correspondencia entre nuestras representaciones mentales y una realidad exterior acabada e independiente del sujeto cognoscente. Conocer implica ineludiblemente tomar en cuenta la realidad, pero no consiste en un mero descubrimiento o en una pasiva aprehensión de lo ya existente. Lo subjetivo se funde inextricablemente con lo objetivo en el proceso cognitivo, de manera que todo

acto de conocimiento implica participar activamente en la configuración del objeto. La realidad se presenta, por tanto, ante nuestros ojos como algo resistente -que no puede ser ignorado o esquivado- pero también en cierto modo maleable -susceptible de interpretaciones y tratamientos diversos-.

Frente al ideal contemplativo del científico como un observador que busca aprehender o “descubrir” supuestas naturalezas objetivas, la tarea de conocer - subraya el pragmatismo- supone aventurarse en una relación dinámica “de rico y activo comercio” entre ideas y experiencias. Las teorías, las leyes, los principios, los mismos conceptos, “llegan a ser instrumentos”, “cosas con que penetrar en la experiencia”, en definitiva, “modos mentales de adaptación a la realidad más que revelaciones o respuestas gnósticas a los enigmas del mundo” (James, 1985: 50, 58, 73, 126). Pensar no consiste ya en poner al descubierto fuerzas o regularidades ocultas sino en idear esquemas operativos que nos permitan manejar la realidad.

Desde esta nueva perspectiva, el criterio metodológico con arreglo al cual pasan a ser evaluadas nuestras concepciones de la realidad es un criterio eminentemente funcional. El significado de una idea vendrá determinado únicamente por sus consecuencias prácticas, había afirmado Peirce (1988: 210) como *leit motif* fundamental del método pragmático. Y es en relación a ellas como debe juzgarse acerca de la validez o no de toda elaboración intelectual. El pragmatismo responde así a una declarada “actitud de apartarse de las primeras cosas, principios, categorías, supuestas necesidades, y de mirar hacia las cosas últimas, frutos, consecuencias, hechos” (James, 1985: 51). Ello, sin embargo, no supone un rechazo frontal y apriorístico de las abstracciones. Nada obsta a su aceptación en la medida en que se demuestren herramientas útiles, expedientes que nos ayuden a desenvolvemos en el manejo de la experiencia y a resolver problemas reales.

Ideas verdaderas son, conforme al nuevo paradigma pragmatista, aquellas que “nos conducen a regiones verbales y conceptuales útiles a la vez que nos relacionan directamente con términos sensibles útiles” (Ibid: 18). Y esta utilidad que se constituye en el criterio definitivo de evaluación de nuestras creencias consiste en “posibilitar el establecimiento de interacciones que conduzcan a resultados que sirvan para controlar experiencias reales de objetos observados” (Dewey, 1960: 129). La verdad de una idea no es, por tanto, una propiedad estática e inherente a ella sino que se presenta como el resultado de un proceso de verificación de aquella utilidad u operatividad en el manejo de la experiencia (James, 1985: 131)¹. Esto es, la verdad se hace. O, por mejor decir, se está haciendo, en la medida en que aquel proceso de verificación ha de ser continuo.

En este sentido nadie llegaría tan lejos como John Dewey, probablemente el filósofo pragmatista que mayor influencia tuvo en el ámbito jurídico, especialmente en la obra de algunos realistas jurídicos. Frente al tradicional modelo matemático del pensamiento como una tarea puramente deductiva, de desarrollo lógico a partir de unas premisas fijas, Dewey propone un modelo biológico del mismo como un proceso evolutivo y abierto en el que continuamente se están transformando los supuestos y las conclusiones. Y desde esta concepción, reclamará una lógica “instrumental” o “experimental” en la que la propia noción de “verdad” resulta desplazada por la más dinámica de “indagación” (*inquiry*) como concepto fundamental expresivo de ese constante y tentativo proceso de ajuste mutuo entre el sujeto y su entorno (Russell, 1994: 437).

¹ “La verdad *acontece* a una idea. *Llega a ser* cierta, *se hace* cierta por los acontecimientos. Su verdad es, en efecto, un proceso, un suceso, a saber: el proceso de verificarse, su *verificación*. Su validez es el proceso de su *validación*”. Las cursivas son del propio autor citado.



Desde estos presupuestos epistemológicos, todo esquema o elaboración intelectual representa, no tanto una afirmación o una hipótesis acerca de lo que es o ha sido, sino fundamentalmente un programa de acción proyectado hacia el futuro (Dewey, 1960: 138)². Para la filosofía pragmatista conocimiento y acción, teoría y práctica, dejan de ser dos universos separados. La constatación de la interacción entre los procesos cognitivos del sujeto y la realidad objeto de conocimiento, así como la adopción del mencionado criterio funcional para determinar la validez o no de una idea -afirma Dewey- “cancela esta separación entre conocer y hacer”. Antes al contrario, “posibilita y demanda una teoría en la que el conocimiento y la acción estén íntimamente conectados entre sí” (James, 1985: 214). Se trata, en palabras de W. James, de “hallar una teoría que actúe” (Ibid: 139).

Para el pragmatismo la realidad es esencialmente plástica y el mero desarrollo de los procesos cognitivos implica una participación activa del sujeto en la configuración de aquella. El mundo está continuamente rehaciéndose en un proceso abierto de facturación, esperando siempre “recibir su toque final de nuestras manos” (Ibid: 162). En este universo abierto las hipótesis, las posibilidades, las incertidumbres, lo contingente, lo relativo -en definitiva, lo humano-, sustituyen a las demostraciones, las certidumbres de leyes inquebrantables, lo necesario, lo absoluto y lo natural. Se quiere afirmar así la existencia de intersticios, de espacios abiertos a la acción inteligente y reformadora. El pragmatismo alienta así en el panorama convulso del cambio de siglo una renovada confianza en las posibilidades del individuo para regir su destino, así como una llamada a su responsabilidad. Como afirma Richard Hofstadter (1992: 123), si “el Spencerianismo había sido la filosofía de la inevitabilidad, el pragmatismo llegó a ser la filosofía de la posibilidad”.

2. La reacción en el ámbito jurídico

En un momento de profunda crisis socioeconómica, el talante antimetafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad social, sentida por diversos sectores progresistas, de articular un pensamiento político y jurídico alternativo, enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba en aquella coyuntura histórica. Incluso desde las filas del propio pragmatismo, John Dewey, en un artículo publicado en 1925 bajo el título de “Logical Method and Law”, haría una llamada directa al estamento jurídico requiriendo “la infiltración en el Derecho de una lógica más experimental y flexible” como “una necesidad tanto social como intelectual”: una lógica, en consonancia con los postulados pragmáticos, “relativa a las consecuencias antes que a los antecedentes” (Dewey, 1925: 25-26).

Bajo estos presupuestos epistemológicos, ya en las últimas décadas del siglo XIX podían detectarse en el seno de la comunidad jurídica diversas voces autorizadas que expresaban abiertamente su insatisfacción con los métodos y la ideología jurídica dominante y anunciaban la emergencia de un pensamiento jurídico de clara inspiración pragmática, basado en una concepción funcional o instrumental del Derecho. En este sentido habla Robert S. Summers de la irrupción en este momento de un “instrumentalismo pragmático” que se expandiría a lo largo de las siguientes décadas y en el que, prescindiendo de sus marcadas diferencias doctrinales e incluso generacionales, podrían confluír y alinearse conjuntamente

² “Las ideas no tienen valor excepto en la medida en que conducen a acciones que reordenan y reconstruyen de algún modo, sea poco o mucho, el mundo en que vivimos”.

figuras como Gray, Cardozo, F. Cohen, Holmes, Pound y el grueso de los realistas, entre otros (Summers, 1982).

Holmes: el inicio de una nueva senda jurídica

En este contexto, es especialmente la portentosa personalidad de Oliver Wendell Holmes la que marca históricamente el punto de inflexión entre la vieja y la nueva teoría jurídica estadounidense³. Su pensamiento, asistemático pero de una gran intuición intelectual que se refleja estilísticamente en una sucesión de penetrantes aforismos, constituye el germen crítico del que arrancará la renovación del pensamiento jurídico norteamericano, permaneciendo como una fuente permanente de inspiración para las siguientes generaciones, especialmente para los jóvenes realistas. Holmes fue el primero en trasladar al ámbito de la reflexión jurídica muchas de las aportaciones de la filosofía pragmática. Su participación en el *Metaphysical Club*, que se constituyó en Cambridge (Massachussets) en 1872 con la presencia de estudiantes y docentes (filósofos, historiadores, teólogos, juristas, matemáticos, lógicos, etc.) de la Universidad de Harvard -entre los que se encontraban figuras tan relevantes como Charles Peirce, William James, Nicholas St. John Green, John Fiske, Francis E. Abbot y Chauncey Wright- le permitió avanzar en el campo jurídico los nuevos planteamientos que se estaban fraguando en el panorama científico y filosófico (Menand, 2002).

Ya en 1881 había abierto *The Common Law*, una de las obras más importantes de la literatura jurídica norteamericana, con uno de esos impercederos aforismos en los que se irá condensando todo el potencial crítico de su pensamiento: "la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia". Difícilmente en menos palabras podría contenerse un desafío tan radical de los presupuestos del paradigma jurídico vigente. Frente a la visión imperante del Derecho como un orden preestablecido a ser descubierto mediante el desarrollo de procesos rígidamente deductivos, Holmes enfatizará cómo "las sentidas necesidades del tiempo, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de política pública, confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los hombres comparten con sus congéneres, han tenido bastante más que ver que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales los hombres deben ser gobernados" (Holmes, 1991: 1). Desafío que acometería con mayor profundidad en el programático escrito sobre *La senda del Derecho*.

Este breve ensayo, que recoge una conferencia pronunciada en 1897 ante estudiantes de primer curso con ocasión de la inauguración de un nuevo edificio para la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston, supone también metafóricamente la colocación de la piedra angular de la nueva ciencia jurídica estadounidense. Holmes denuncia en él la miopía del jurista, aferrado aún a la idea de que "un determinado sistema jurídico puede ser construido, como las matemáticas, a partir de ciertos axiomas generales de conducta". Es verdad -admite Holmes- que el lenguaje del Derecho, y sobre todo el de las sentencias judiciales, es frecuentemente el lenguaje de la lógica deductiva. Mas por debajo de dicha forma siempre "subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia".

Detrás de todo dilema jurídico se esconde en último término un problema de política legislativa, de conflicto entre intereses y objetivos sociales contrapuestos, que no puede ser resuelto deductivamente sino que implica necesariamente una elección, un juicio de valor acerca de la importancia relativa de aquellos intereses y

³ Sobre el pensamiento de Holmes y su papel crucial en la traslación de los nuevos presupuestos pragmáticos al ámbito jurídico cfr. Solar Cayón (2012).



objetivos. La preservación de la lógica del sistema o el respeto a la tradición se muestran así insuficientes para dar cuenta de la auténtica razón de ser de las instituciones y de las normas jurídicas. Por ello, todo quehacer jurídico implica necesariamente, aunque a veces se lleve a cabo de una forma subrepticia, una tarea de ponderación constante de los valores e intereses en juego que es absolutamente imprescindible para el adecuado ajuste de las relaciones sociales.

De este modo, emerge una perspectiva pragmática o funcional. El Derecho ya no es entendido como algo preexistente, que el jurista debe descubrir, sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas. Y, sobre todo, como un poderoso instrumento de transformación social en manos de un individuo que comienza a sentirse el protagonista de su propio destino. Frente a la jurisprudencia taxidérmica y conceptualista clásica, afanada en el descubrimiento de supuestas naturalezas y principios jurídicos que habían perdido toda conexión con la realidad, se propone el escrutinio consciente y abierto por parte del jurista de los objetivos sociales a satisfacer.

La mirada del jurista se vuelve así hacia el futuro. Su atención se desplaza - utilizando la afortunada distinción de R. Pound- del *law in books*, que santifica los precedentes, al *law in action*, esto es, al análisis y evaluación de las previsibles consecuencias prácticas que acarrearán la aplicación de las normas (Pound, 1993: 39-44). Consecuentemente, con estos presupuestos, el criterio conforme al cual han de ser evaluadas las instituciones y las disposiciones jurídicas no es el de la preservación de la continuidad lógica o de la armonía de la estructura interna del sistema sino el del valor social de sus resultados o consecuencias prácticas. Esto es, su capacidad para satisfacer las finalidades sociales deseadas. Los principios y las normas jurídicas son, fundamentalmente, aquello que hacen. Este criterio de validación pragmático cancela así la perniciosa escisión entre la teoría y la práctica.

Para la verificación de dicho criterio, el jurista precisa del auxilio de otras disciplinas que le guíen en la ponderación del valor de las distintas demandas y objetivos sociales a satisfacer por el Derecho. La ética, la economía, la política, la sociología, la historia, la psicología, son ámbitos del saber cuyas aportaciones no se pueden desconocer si se desea realizar eficazmente la tarea de ordenación y ajuste de las relaciones sociales. Por ello, proclama Holmes, el nuevo jurista no puede ser ya el estudioso de las antiguallas jurídicas sino el experto en estadísticas y en economía, el hombre capaz de evaluar y sopesar los fines de las normas, los medios para obtenerlos y su coste. Aunque es consciente de que el anhelo de una determinación científica y definitiva de estas cuestiones no es más que un ideal inaprensible, ya que, a su juicio, no cabe más que una apreciación del "valor relativo de nuestros diferentes fines sociales" (Holmes, 1899: 462). De ahí que proclame la necesidad de mantener una actitud permanentemente escéptica, que mueva a una continua revisión o reevaluación de las normas e instituciones jurídicas en función de sus consecuencias.

La jurisprudencia sociológica de Pound

Probablemente, la expresión más acabada de la aspiración por elaborar una teoría jurídica que, conforme a los postulados pragmatistas, incorporase una determinación científica de las relaciones entre Derecho y sociedad, estableciendo una delimitación suficientemente precisa del esquema global de necesidades e intereses sociales a satisfacer, se encuentra en la "jurisprudencia sociológica" de Pound. Jurisprudencia que, desde su inicio, se presenta por su creador como un

“movimiento en favor del pragmatismo como filosofía del Derecho” (Pound, 1908: 609).

En este sentido, Pound concibe la experiencia jurídica como una formidable tarea de ingeniería social. El quehacer jurídico constituye a su entender una tarea altamente especializada de control y ajuste de las relaciones sociales en busca de un sistema de compromisos entre demandas en conflicto. Siguiendo una metodología que inevitablemente nos recuerda a Bentham -por lo que tiene de cálculo de costes y beneficios- y a Ihering -de quien adopta el término “intereses” para designar toda posible reclamación o expectativa-, concibe el Derecho como un instrumento de ordenación social cuyo objetivo es el control y el ajuste de las relaciones humanas de tal modo que pueda lograrse la satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses y necesidades humanas con el menor coste y fricción posible (Pound, 1938: 810; 1918: 1059).

Para llevar a cabo esta tarea, el jurista precisa de una filosofía del Derecho que, tomando conocimiento de las aportaciones realizadas por las distintas ciencias sociales, se encargue de clasificar los distintos intereses o demandas en conflicto que pugnan por obtener un reconocimiento social, así como de medir racionalmente el valor relativo de los mismos a fin de establecer una prelación jerárquica y poder seleccionar aquellos más importantes cuya satisfacción el Derecho debe reconocer y proteger. Sólo una vez hecho este inventario global el ingeniero jurídico podrá establecer las fórmulas necesarias para una correcta y científica ordenación social, instrumentando de la manera más efectiva posible las diversas técnicas de protección de intereses de que el Derecho dispone⁴.

Indudablemente, el problema central al que se enfrentaba esta jurisprudencia sociológica en la ordenación de los intereses en conflicto era el de su valoración. Máxime cuando Pound reconoce el valor relativo de los mismos, que depende de las circunstancias históricas particulares de cada sociedad en cada momento. Sin embargo, en un trabajo significativamente titulado *The Possibility of a Measure of Values*, Pound señalará cómo “la razón, actuando sobre la base de la experiencia”, ha logrado frecuentemente compromisos prácticos que funcionan satisfactoriamente eliminando fricciones y no esconde su confianza en que este método empírico-racional permita proceder a un ajuste suficientemente operativo de aquellos intereses (Pound, 1940: 72). Y poco después él mismo ensayará un intento de realización de aquel inventario⁵.

Este énfasis de Pound en la posibilidad de alcanzar un ideal racional de justicia, esto es, una ordenación objetiva de los distintos intereses sociales en conflicto en una sociedad, mediante una interpretación verdaderamente científica de los fenómenos empíricos se refleja, en el ámbito ya propiamente jurídico, en la defensa de la racionalidad de un sistema jurídico que, asumiendo aquella valoración de intereses, proporcione un esquema objetivo para su adecuada articulación social. Y ello repercute fundamentalmente en el modo en que este autor concibe la función judicial de adjudicación o aplicación del Derecho, la cual se configura a su entender como una parte más, aunque esencial, de ese proyecto global de ingeniería social.

Desde esta perspectiva, la labor del juez consiste en “generalizar las demandas de las partes como demandas humanas individuales” y “subsumir” las demandas así generalizadas en aquel esquema objetivo de articulación de los intereses conforme a principios o fórmulas generales que aseguren la satisfacción de la mayor cantidad de intereses con el menor sacrificio (Pound, 1923: 955). De este modo, aunque estos principios que conforman las líneas básicas del esquema

⁴ Sobre esta clasificación de intereses ensayada por Pound y sobre las tareas que corresponden al Derecho en relación con los mismos cfr. García Ruiz (2002: 121-172)

⁵ Me refiero a Pound (1943: 1-39; 1945: 909-929).



de Pound no responden a una mecánica conceptualista como la del formalismo jurídico imperante en aquel momento, sino que vienen teleológicamente definidos en virtud de su capacidad para satisfacer determinados objetivos socialmente deseados, lo cierto es que, una vez definidos, la tarea judicial de resolución de casos individuales se reduce finalmente a una tarea de subsunción de estos casos en aquellas fórmulas generales preestablecidas⁶. En este sentido, no menos que en la ideología jurídica clásica, en la jurisprudencia sociológica de Pound “la idea de sistema, orden y previsibilidad” continuaba constituyendo un componente esencial e irrenunciable del concepto de Derecho (Pound, 1987: 249).

De este modo, junto a O. W. Holmes, R. Pound y su jurisprudencia sociológica se configura como una de las fuentes directas del realismo jurídico por su concepción instrumental del Derecho y su insistencia en el estudio de los efectos sociales de las normas e instituciones jurídicas. Y así lo reconocieron en diversas ocasiones los propios realistas. Pero, como veremos inmediatamente, ello no fue óbice para que surgieran importantes tensiones entre los integrantes del nuevo movimiento y el decano de la Facultad de Derecho de Harvard.

II. La polémica Llewellyn-Pound

De hecho, la puesta pública en escena del realismo como movimiento se produce precisamente con ocasión de una agria polémica desatada a lo largo de 1930 y 1931 entre uno de sus principales representantes, Karl N. Llewellyn (auxiliado por el otro líder del grupo, Jerome N. Frank), y R. Pound. Una polémica que, recurriendo a alguna de las teorías psicológicas a las que tan aficionados eran algunos de los integrantes del nuevo movimiento, bien podría interpretarse como un intento por parte de los jóvenes realistas de romper con la autoridad de la figura paterna, representada en este caso por un Pound que, pese a compartir muchos de los presupuestos realistas, comprometía el proyecto de renovación de la ciencia jurídica iniciado por Holmes obstruyendo, desde la posición de privilegio que ocupaba en el estamento jurídico oficial, el desarrollo de los nuevos planteamientos. Aliñada con el espíritu iconoclasta característico de los realistas, la confrontación entre ambos no es sólo de ideas, sino que tiene también un marcado aire de rebeldía generacional, dando definitivamente una personalidad e identidad propia al nuevo grupo.

El debate se produce fundamentalmente a través de una serie de artículos en revistas jurídicas, aunque está acompañado también de algunas cartas personales entre ambos protagonistas. Documentos en los que se trata de perfilar - especialmente por parte de Llewellyn- cuestiones fundamentales para la identidad del movimiento: qué debía entenderse por realismo jurídico, cuáles eran sus principios fundamentales y quiénes podían considerarse integrantes del nuevo movimiento⁷.

Tras la publicación en 1930 por parte de Llewellyn de “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, en el que se contenían duras críticas al pensamiento de Pound, el origen inmediato de la polémica es la publicación por parte de éste en la *Harvard Law Review*, con ocasión de la celebración del noventa cumpleaños de O. W. Holmes, de “The Call for a Realist Jurisprudence”. Además de reflexionar sobre el significado que el término “realismo” podía tener en el ámbito

⁶ En este sentido creo que es esencialmente correcta la afirmación de G.E. White (1972: 1012) de que “la adjudicación bajo el esquema de Pound era sistemática, despersonalizada, formal y constreñida.”

⁷ Los artículos de Llewellyn titulan: “A Realistic Jurisprudence - The Next Step”, “The Call For a Realist Jurisprudence” y “Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound.”

RELEVANDO

jurídico, manifestando incluso sus simpatías por las intenciones de la nueva “escuela”, Pound desplegaba una serie de críticas muy duras a lo que él consideraba sus postulados fundamentales, aunque en ningún momento hacía citas ni menciones de autores concretos a quienes se pudieran atribuir tales deficiencias. Finalmente, adoptando un tono claramente paternalista que no hizo sino irritar más a Llewellyn y Frank, Pound proponía a los jóvenes juristas un programa realista a desarrollar. La respuesta no se hizo esperar. Llewellyn solicitó inmediatamente al director de la *Harvard Law Review* la reserva de un espacio en el siguiente número de la revista para contestar a las acusaciones del decano. Y con la ayuda de Frank, aunque éste finalmente rehusó firmar como coautor del trabajo, redactó “Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound”.

Hasta el momento en que se desata esta polémica ni siquiera existía una etiqueta o denominación general que identificara a los seguidores de los nuevos planteamientos jurídicos. Es cierto que el propio Llewellyn, en un trabajo de 1925, cuando era profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, hablaba ya de la emergencia de una *realistic jurisprudence* refiriéndose al nuevo movimiento, pero este trabajo nunca llegó a ver la luz⁸. Por otra parte, como el propio Llewellyn reconoce en su artículo de 1931, no todos los autores englobados bajo esta rúbrica estaban de acuerdo con la misma. Así sucederá incluso con el propio Frank, quien en ocasiones hablará de “jurisprudencia experimental” o de “escepticismo jurídico constructivo” como denominaciones alternativas a la, a su juicio, desafortunada etiqueta de “jurisprudencia realista” (Frank, 1973: 216).

1. ¿Quiénes son los realistas?

183

A lo largo de este debate, entre 1930 y junio de 1931, Llewellyn (en algunos casos con la ayuda de Frank) llegó a confeccionar hasta cinco listados distintos de realistas, que diferían entre sí -en algunos casos sustancialmente- tanto en el número de componentes como en sus nombres (Hull, 1997: 343-346). Estos desconcertantes vaivenes en el número y la identidad de los integrantes del movimiento vienen motivados fundamentalmente por la indeterminación del artículo de Pound en cuanto a los destinatarios de sus críticas. En el mismo no se citaba ni mencionaba específicamente a ningún autor. Por eso, al objeto de preparar su respuesta, Llewellyn elaboró diversas relaciones de nombres que fue sometiendo a la consideración del decano de Harvard, inquiriéndole si esas eran las personas a quienes se refería en su artículo. Pero Pound, más allá de alguna mención específica aislada, siempre rehusó aclarar dicha cuestión, respondiendo con evasivas a los requerimientos de su interlocutor.

Entrando en el análisis de los listados, lo primero que llama la atención son las sorprendentes variaciones en cuanto al número de integrantes del movimiento, que va desde los 13 contenidos en la lista más escueta hasta los 44 de la más generosa.

a) En su artículo de 1930 Llewellyn recogía los nombres de 16 realistas.

b) En una carta a Pound, de 17 de marzo de 1931, únicamente sugería 13 nombres y solicitaba a aquel que le informase acerca de a quiénes más debía añadir a la lista.

⁸ Cabe reseñar que ese mismo año, Pound, en un capítulo de la obra colectiva *The History and Prospects of the Social Sciences*, habla también de “realistas”, aunque refiriéndose en este caso no a la generación de profesores a la que Llewellyn pertenece sino a los propios partidarios de la jurisprudencia sociológica. En concreto, dirá que estos son, filosóficamente hablando, o bien positivistas, o bien “neo-realistas”.



c) Apenas diez días más tarde, el 27 de marzo de 1931, en una memoria elaborada por Llewellyn y Frank, se señalaban 19 nombres.

d) El 6 de abril de 1931, Llewellyn escribió una segunda carta a Pound en la que dividía a los realistas en tres categorías (“realistas que habían adoptado posiciones extremas”, “realistas íntegros, pero más moderados” y “realistas en alguna parte de su obra”) y llegaba a mencionar hasta 44 nombres.

e) Finalmente, en el artículo de respuesta a Pound, reducía los realistas a 20 nombres.

Comparando las distintas relaciones de nombres contenidas en las cinco listas, lo más llamativo es que sólo hay seis que aparecen en todas: Charles C. Clark, William O. Douglas, Leon Green, Samuel Klaus, Underhill Moore y Hessel Yntema.

Además de estos seis, de los que aparecían en la primera lista, sólo tres vuelven a aparecer nuevamente (en la gran lista de 44 nombres, del 6 de abril de 1931) mientras que los siete restantes -entre los que se hallaban el magistrado del Tribunal Supremo Louis Brandeis y el sociólogo del Derecho austriaco Eugen Erhlich- no se vuelven a mencionar en ninguna.

En la segunda lista -la contenida en la carta a Pound de 17 de marzo de 1931-, además de los seis nombres ya señalados que se repiten en todas, aparecen siete nuevos que a partir de este momento ya se recogerán en todas las posteriores: Jerome Frank, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook, Max Radin, Arthur L. Corbin, Wesley Sturges y el propio Karl Llewellyn. En esta carta, Llewellyn informaba a Pound de su intención de revisar las obras de estos trece autores para contestar a las críticas vertidas por aquel en “The Call for a Realistic Jurisprudence” y le preguntaba directamente si tales críticas se referían a estos hombres. Pound -en lo que constituye la única mención por su parte de nombres específicos- se limitó a contestar que no se había referido a algunos de ellos, “por ejemplo, a Clark”, pero sí a Bingham y a Lorenzen.

La tercera lista, de 19 nombres, se componía de los ya consabidos seis comunes a todas, los siete comunes a las listas 2-5 y seis adicionales, de los que cuatro aparecerán ya en todas las listas posteriores y otros dos sólo en la lista 4. Los cuatro adicionales que aparecerán en las dos listas restantes son: Joseph Bingham, el juez Joseph C. Hutcheson, Edwin W. Patterson y Leon A. Tulin. Y los dos que sólo volverán a repetirse en la lista 4 son Thurman Arnold y Walton Hamilton.

En cuanto a la carta en la que Llewellyn, a partir de la clasificación de los realistas en tres categorías distintas, proponía la atípica lista de 44 nombres, fue contestada por Pound rechazando categóricamente aquella clasificación propuesta. Poniendo el acento especialmente en la tercera de las categorías, la relativa a aquellos que eran “realistas en alguna parte de su obra”, Pound advertía a Llewellyn de que todos los que en aquel momento estaban trabajando en cuestiones de teoría general del Derecho podrían ser considerados realistas.

Finalmente, la quinta, de 20 hombres, estaba compuesta por los seis comunes a todas, los siete comunes a las listas 2-5, los mencionados Bingham, Hutcheson, Patterson y Tulin, y, además, Joseph Francis, Ernest Lorenzen y T. R. Powell. Estos tres últimos sólo habían aparecido previamente en la cuarta lista.

2. Los principios fundamentales del realismo jurídico americano

En su artículo de 1931, Llewellyn fijará definitivamente para el futuro los puntos comunes del nuevo movimiento. Pero ésta no era la primera vez que intentaba sistematizar los postulados fundamentales realistas. En el mismo trabajo no publicado de 1925, en el que aparecía primera vez la denominación de *realistic jurisprudence*, ya enunciaba siete puntos que, a su juicio, expresaban claramente cómo “el cambio de énfasis desde las normas y los preceptos hacia los efectos del Derecho nos ha llevado desde el estudio de las palabras al estudio de los hechos” (Ibid: 140)⁹.

Estos puntos, redactados de manera esquemática, eran los siguientes:

- a) Estudio de las consecuencias sociales reales de las instituciones y doctrinas jurídicas.
- b) Estudio sociológico preparatorio de la legislación.
- c) Estudio de los medios para conseguir que las normas sean efectivas en su acción.
- d) Estudio del método jurídico.
- e) Una historia jurídica sociológica; estudio de los antecedentes y los efectos sociales de las normas, doctrinas e instituciones jurídicas en el pasado, y de cómo se han producido estos efectos.
- f) Reconocimiento de la importancia de la aplicación individualizada de las normas jurídicas.
- g) En los países anglo-parlantes, un Ministerio de Justicia (Llewellyn nunca explicó la relación entre la existencia de este Ministerio y los presupuestos del realismo jurídico).

En esta relación -dejando de lado el sorprendente punto g)- ya se recogen algunos de los principios que vendrán señalados en el artículo de 1931 como “los rasgos característicos del movimiento”:

1. La concepción del Derecho en flujo, del Derecho móvil y de la creación judicial del Derecho.
2. La concepción del Derecho como un medio para un fin, y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad en flujo, y en un flujo característicamente más rápido que el del Derecho.
4. El divorcio temporal entre el “Ser” y el “Deber ser” a efectos del estudio del Derecho.
5. Desconfianza en la capacidad de las normas y los conceptos jurídicos tradicionales para describir lo que hacen los tribunales y la gente.
6. Desconfianza en la teoría de que las normas prescriptivas son el factor poderosamente operativo en la producción de las decisiones judiciales.
7. La creencia de que vale la pena agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas que las que se han utilizado en el pasado.
8. Insistencia en la evaluación de cualquier parte del Derecho en función de sus efectos.

⁹ Citando el trabajo de Llewellyn “New Trends in Jurisprudence”.



9. Insistencia en un *ataque sostenido y programático* de los problemas jurídicos según estas líneas.

De estos nueve puntos, como ha señalado Sánchez Díaz, los relativos al divorcio temporal entre el Ser y el Deber Ser (4) y a la evaluación del Derecho en función de sus efectos (8) “representan la posición metodológica básica del realismo jurídico americano” (Sánchez Díaz, 2002). Los demás se conectan con éstos de alguna forma. Si el Derecho ha de verse tal como es en realidad, y no como debiera ser, entonces hay que reconocer su carácter móvil (1) -aunque no lo sea tanto como la propia sociedad (3)-, de manera que no puede haber una total correspondencia entre lo que disponen las normas jurídicas y lo que hacen realmente los tribunales y la gente (5 y 6). Por otro lado, si el Derecho es un medio para conseguir determinados fines sociales (2), entonces es claro que debe ser evaluado en función de sus efectos, es decir, en función de su capacidad para alcanzar dichos fines (8). Pero para conocer esos efectos es preciso recurrir a la observación empírica y al estudio de los hechos, olvidándonos temporalmente de los ideales jurídicos (4), así como descomponer los conceptos jurídicos en categorías más reducidas que se correspondan más ajustadamente a la realidad y puedan describirla de manera más fiel (7).

Como reconoce el propio Llewellyn, en realidad no hay nada nuevo u original en estos puntos de partida, más allá de esa voluntad decidida de afrontar de manera sistemática, constante y programática cualquier problema jurídico conforme a dichos presupuestos metodológicos (9). En este sentido, el realismo no hará sino desarrollar hasta sus últimas consecuencias las preocupaciones y los principios que ya habían sido afirmados por Holmes o por el propio Pound sobre el transfondo del pensamiento filosófico pragmatista.

III. Las preocupaciones centrales del realismo

En lo que se refiere a la concepción de la experiencia jurídica, resulta central su concepción instrumental del Derecho como un medio para la consecución de determinados fines sociales y, en consecuencia, su afirmación de la necesidad de evaluar cualquier parte del Derecho en función de sus consecuencias. Aquí, en general, los realistas se sentirán mucho más próximos al escepticismo de Holmes que a la confianza optimista de Pound en la posibilidad de elaborar una “ingeniería social” que suministre un esquema objetivo y omnicomprensivo de ordenación de las innumerables y conflictivas aspiraciones y demandas sociales. Tanto Holmes como los realistas desconfiaron de toda pretensión sistemática de encerrar en fórmulas o esquemas generales preestablecidos la inabarcable riqueza de una experiencia caleidoscópica. Además, el acusado entendimiento hermenéutico de la realidad, característico de los realistas, les impedía aceptar el pretendido carácter plenamente racional y objetivo de tales esquemas. Estas notables diferencias llevaron incluso a Pound a denunciar airadamente que el realismo constituía “una filosofía de la rendición” -*give-it-up philosophy*- (Pound, 1940: 29).

Sin embargo, el escepticismo del realista no es en ningún caso el escepticismo del diletante o del resignado, sino la expresión de una actitud atlética, que mueve a la formulación de continuos ensayos tentativos en la búsqueda de vías cada vez más eficaces de conocimiento y acción. En este sentido, la posición del realismo se halla en consonancia con la lógica experimental y flexible de John Dewey, y con su modelo de pensamiento como un proceso constantemente abierto y evolutivo. La lógica del Derecho se presenta así como “una lógica de predicción de probabilidades antes que una de deducción de certidumbres” (Dewey, 1940: 26).

Una lógica carente de seguridades a priori, de carácter tentativo, cuyos resultados deben estar constantemente sujetos al método empírico del ensayo y el error en el contexto de una realidad en constante proceso de transformación¹⁰. Los presupuestos del razonamiento jurídico, lejos de entenderse como dogmas preestablecidos, se convierten así en programas de acción tentativamente formulados que deben ser constantemente evaluados en función de sus consecuencias.

Incluso las normas jurídicas son consideradas por el realista como expedientes prácticos cuyo valor es fundamentalmente instrumental, expedientes que habrán de ser estimados valiosos en la medida en que sirvan para promover los fines e ideales socialmente asumidos como deseables. Por ello mismo siempre tienen un carácter relativo, provisional¹¹. Como dirá Frank (1970: 105), el Derecho se configura así como "una serie de experimentos, de aventuras en el ajuste de las relaciones humanas y el compromiso en los conflictos humanos". Se trata de un material flexible, maleable, que exige del jurista un continuo esfuerzo creativo en la formulación de nuevas propuestas tentativas más eficaces en la resolución de los problemas sociales. Con esta mentalidad, no resulta extraño que el realismo jurídico sintonizara perfectamente con el espíritu del *New Deal*, razón por la cual diversos integrantes del movimiento -Jerome Frank, William Douglas, Thurman Arnold, Herman Oliphant, Wesley Sturges, Walton Hamilton y Felix Cohen- participaron con entusiasmo en la puesta en práctica de diversos proyectos legislativos y reformistas alentados por la administración Roosevelt¹².

El colapso sufrido por la economía norteamericana en los albores de la década de los treinta, con la disminución del PIB en un cincuenta por ciento, el cierre de bancos, la quiebra de numerosas industrias, una tasa de desempleo próxima al venticinco por ciento, y la consecuente depresión social, amenazaban seriamente el funcionamiento del propio sistema democrático. Los viejos principios individualistas del *laissez faire*, que constituían los presupuestos fundamentales sobre los que se asentaba el *Common Law*, se mostraban entonces incapaces de ofrecer soluciones a una crisis de la que, en buena parte, ellos mismos eran responsables. En medio de este cataclismo político, económico y social, eran muchos los realistas que consideraban que "la experimentación es una necesidad imperativa" (Frank, 1934: 1068). En este período de efervescencia, y en buena medida de improvisación, la flexibilidad y la creatividad inherentes en la perspectiva pragmática del realismo jurídico hicieron del abogado realista un elemento imprescindible en la formulación de principios tentativos de actuación gubernamental, así como en la superación de los obstáculos jurídicos opuestos a las reformas por diversos sectores¹³.

¹⁰ Cfr., como muestra, Frank (1934: 1063, 1067)

¹¹ En este sentido ya afirmaba Dewey (1940: 26) que "las normas jurídicas generales y los principios son hipótesis de trabajo que necesitan ser constantemente testadas según su funcionamiento en aplicación a situaciones concretas".

¹² Al respecto afirma Frank (1934: 1006): "En muchos aspectos, aquellos que simpatizan (admitidamente o no) con la jurisprudencia experimental han encontrado fácil trabajar para el *New Deal*. No es solamente porque sean menos Procusteanos y más flexibles en sus técnicas. Es porque las instituciones y los instrumentos jurídicos son constantemente vistos por ellos como artificios humanos a ser juzgados por sus consecuencias humanas cotidianas (...) Consecuentemente, los experimentalistas están estimulados por la oportunidad de ayudar a idear nuevas agencias gubernamentales a ser utilizadas experimentalmente como medios para conseguir mejores resultados en agricultura, industria, condiciones laborales, fiscalidad, reorganización industrial, finanzas municipales, auxilio al desempleo y una multitud de otras materias."

¹³ Sobre la afinidad existente entre el espíritu experimental del *New Deal* y el realismo jurídico, así como el papel fundamental desempeñado por el abogado realista como estrategia del nuevo orden cfr. Glennon (1985: 70-89)



Precisamente, el desarrollo del programa legislativo del *New Deal* supuso transformaciones sustanciales en el panorama jurídico en sintonía con los postulados realistas. La puesta en práctica del complejo proceso de armonización de los principios clásicos de libertad contractual y libre iniciativa empresarial, orientados a la persecución del beneficio personal, con la necesaria intervención gubernamental, dirigida a asegurar el interés general, fue protagonizada sobre todo por una incipiente red de organismos administrativos dotados de amplia autonomía funcional. Estos órganos, constituidos por especialistas en el sector económico correspondiente y un equipo jurídico, no sólo gozaban de poderes legislativos delegados en el ámbito competencial fijado por el legislativo federal, sino que además disponían de amplias facultades de control y fiscalización de las actividades de las empresas e, incluso, del poder de iniciar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de sus regulaciones, aunque sus decisiones estaban sujetas a revisión por los tribunales ordinarios.

Estos poderes exorbitantes en el ámbito del *Common Law*, que suponen el alumbramiento de un derecho administrativo diferenciado del hasta entonces omnicompreensivo Derecho privado, comportaban una alteración radical de concepciones jurídicas profundamente arraigadas en el espíritu americano¹⁴. No era de extrañar, pues, la airada oposición que suscitaron en amplios sectores de la profesión jurídica, con el propio Pound a la cabeza, que no dudaron en tachar la actuación de estos organismos, y de los realistas que les capitaneaban, de discrecionalidad y absolutismo administrativo. (Pound, 1940: 1-28)

Como ponía de manifiesto el propio papel de los realistas en la instrumentación de las reformas legislativas, su concepción instrumental del Derecho reclamaba un enfoque interdisciplinar. La política, la economía, la historia o la sociología se presentan para el realista como instrumentos indispensables de conocimiento jurídico. Y por ello reclamará una revisión profunda de los métodos de estudio jurídico. De hecho, el ámbito de la enseñanza jurídica fue precisamente uno de los primeros en recibir el impacto de los nuevos planteamientos realistas. Estos encontraron pronto un amplio eco en las universidades de Yale y Columbia, cuyas Facultades de Derecho -entonces afirmándose como las principales rivales de la conservadora Harvard de Pound- emprendieron cambios inmediatos en sus *curricula* y en sus métodos pedagógicos.

Una de las innovaciones más notables alentada por el realismo fue la introducción en el programa académico de esas universidades de materias tales como la ciencia política, la historia, la economía y la sociología, lo que abrió las puertas de sus facultades de Derecho a destacados científicos sociales del momento. Además, el *case method* fue sometido a una revisión en conformidad con los dictados realistas. Las selecciones jurisprudenciales comenzaron a recoger, no ya solamente la sentencia dictada por el tribunal de apelación, sino el expediente completo del caso seleccionado. Además, la presentación de cada caso iba acompañada de un amplio material informativo de carácter extrajurídico, que incluía teorías o hechos económicos y sociales, prácticas mercantiles relevantes,

¹⁴ En este sentido afirma T. Arnold (1957: 636): "Según las concepciones jurídicas aceptadas del tiempo, la acción gubernamental estaba destruyendo derechos de propiedad; privando a la mano de obra del derecho común a competir por trabajos a bajos salarios; invadiendo el territorio admitido de las grandes organizaciones empresariales; violando la base jurídica fundamental para la tributación; estaba abandonando la concepción de libertad construida por la constitución y el *Common Law*."

acotaciones de trabajos de psicología, estadísticas, o cualquier otra documentación que pudiera ayudar a obtener una mejor comprensión del problema a dilucidar¹⁵.

Por último, esta nueva forma de pensar el Derecho tuvo su reflejo también, y fundamentalmente, en una concepción diferente de la función judicial. Ya se ha señalado cómo Holmes fue el primero en poner de relieve cómo el razonamiento jurídico implicaba siempre en último término la emisión de un juicio de valor, una elección entre fundamentos legislativos contrapuestos. Se desafiaba así la vigente teoría declarativa de la función judicial, que concebía ésta como una operación estrictamente lógico-deductiva de subsunción de los hechos del caso particular en conceptos y proposiciones normativas generales. El realismo jurídico culminaría este proyecto sometiendo a un ataque sistemático los presupuestos sobre los que se asentaba esa concepción “mecánica” -tal como la etiquetó Pound de manera peyorativa- del razonamiento judicial.

Este es el blanco de ataque central del movimiento realista. En mi opinión, el realismo ha de entenderse, sobre todo, como una teoría (fundamentalmente crítica) de la adjudicación o aplicación judicial del Derecho. Su objetivo prioritario fue la demolición de esta concepción mecánica de la función judicial. Y es desde esta perspectiva desde la que cobra todo su sentido el enfoque predictivo adoptado por el movimiento, asumiendo el punto de vista del *bad man* holmesiano como punto focal estratégico predilecto para la adecuada observación y análisis de la conducta judicial (Solar Cayón, 2005: 90-92). Observación y análisis que requiere el abandono de todo ideal para centrarse en la descripción del proceso real de toma judicial de decisiones. Este análisis contribuirá a sacar a la luz toda una serie de factores extranormativos que pueden incidir efectivamente en ese proceso pero que la teoría tradicional había ignorado.

Frente al carácter silogístico-deductivo del razonamiento judicial defendido por el pensamiento jurídico clásico y también, pese a sus críticas iniciales, asumido finalmente por Pound -al menos en relación a determinados sectores del ordenamiento jurídico¹⁶- los realistas se afanaron en poner al descubierto precisamente aquellos elementos que hacen del proceso judicial, al menos en cierta medida, un proceso “impresionista, idiosincrásico, informal e intuitivo” (White, 1972: 1013). Este es otro motivo que explica el enfrentamiento entre Pound y los realistas. Todos los esfuerzos de éstos irán encaminados a mostrar cómo, debido a la influencia de aquellos elementos extranormativos, aquella concepción silogística no proporciona certeza, es decir, no permite predecir con exactitud el resultado del litigio. De ahí la proclamada desconfianza realista sobre la veracidad de la afirmación tradicional de que las normas jurídicas son el único factor determinante de las decisiones judiciales y, en consecuencia, sobre la capacidad de aquellas para describir adecuadamente lo que los tribunales realmente hacen.

¹⁵ Para una información más amplia de las innovaciones pedagógicas propugnadas en general por el realismo cfr. Rumble (1968: 24-25). Aunque es preciso señalar también que dada la abrupta “desaparición” del movimiento tras la segunda guerra mundial, en buena medida su impulso crítico y reformador del sistema pedagógico pronto se convertiría, en palabras de Posner (2002), simplemente en un recuerdo de “un desarreglo temporal en el por otra parte plácido discurrir de la enseñanza jurídica.” Hoy, sin embargo, señala el propio Posner, la enseñanza jurídica en Estados Unidos ha experimentado un nuevo impulso reformador que se caracteriza precisamente por una profundización en los enfoques interdisciplinarios de la experiencia jurídica. Impulso que, en buena medida, ha sido propiciado por el movimiento de los *Critical Legal Studies*, heredero en muchos aspectos del espíritu realista.

¹⁶ Cfr. Pound (1923: 824-825).



Dentro de estas coordenadas generales, la mayoría de los integrantes del grupo se limitaron al análisis de los diversos factores de indeterminación normativa, es decir, de aquellos elementos de incertidumbre que afectan a la premisa mayor del razonamiento judicial: los márgenes en la interpretación, la indeterminación de la *ratio decidendi* de los precedentes judiciales, la competencia entre precedentes contrapuestos... Para estos autores, que Frank denominó *rule skeptics*, el silogismo no puede funcionar en consecuencia como esquema predictivo debido a que las normas jurídicas no constituyen por sí mismas guías o criterios suficientemente fiables de predicción. Otros realistas, liderados por Frank, fueron más allá y procedieron, de forma pionera, a estudiar el complejo proceso de formación de la premisa fáctica del razonamiento judicial con el objeto de desvelar los distintos factores de indeterminación presentes en la construcción de los hechos del caso. Surge así el grupo de lo que Frank denominó el *fact skepticism*, que constituye el ala más radical del realismo jurídico¹⁷.

Esta crítica de la concepción tradicional de la función judicial, que puso de manifiesto la subjetividad implícita en los procesos de toma de decisión, y por tanto la importancia del factor personal en la aplicación del Derecho¹⁸, sirvió a los realistas para denunciar el discutible papel que los tribunales del país, especialmente el Tribunal Supremo, estaban jugando al invalidar las reformas legislativas impulsadas por la administración Roosevelt, y aprobadas por la mayoría parlamentaria, refugiándose en una concepción que presentaba las sentencias como el resultado lógicamente ineludible de una serie de deducciones inexorables realizadas a partir de una serie de premisas preestablecidas y consideradas objetivamente correctas. La crítica del realismo en este ámbito no se mantuvo, por tanto, únicamente en un plano estrictamente lógico sino que se extendió también al plano ideológico: el Tribunal Supremo, lejos de limitarse a realizar una operación puramente aséptica de aplicación de las categorías jurídico-constitucionales, estaba suplantando subrepticamente la voluntad democrática de los ciudadanos expresada a través de sus representantes políticos¹⁹.

Bibliografía

- ARNOLD, T. (1957), "Judge Jerome Frank", *The University of Chicago Law Review*, Vol. XXIV, pp. 663-687.
- DEWEY, J. (1925), "Logical Method and Law", *The Cornell Law Quarterly*, Vol. 10, pp. 27-26.
- DEWEY, J. (1960), *The Quest for Certainty*, Capricorn Books, G. P. Putnam's Sons, New York.
- FRANK, J. (1934), "Realism in Jurisprudence", *The American Law School Review*, Vol. VII, pp. 1063- 1069.
- FRANK, J. (1949), "Legal Thinking in Three Dimensions", *Syracuse Law Review*, Vol. I, Núm. 1, pp. 9-25.
- FRANK, J. (1970), *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester.
- FRANK, J. (1973), *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton.

¹⁷ Esta división de los realistas entre *rule skeptics* y *fact skeptics*, que sin duda ha hecho fortuna, fue introducida en Frank (1949: 10-11)

¹⁸ Para una exposición de los análisis de J. Frank y de K. Llewellyn de la función judicial y, más específicamente, de la importancia del factor humano en la adjudicación, cfr. Solar Cayón (2005: 85 – 207) y Sánchez Díaz (2005: 243-327).

¹⁹ Sobre este asunto cfr. Solar Cayón (2002: 115-144).

- GARCÍA RUIZ, L. (2002), *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*, Comares, Granada.
- GLENNON, R.J. (1985), *The Iconoclast as Reformer. Jerome Frank's Impact on American Law*, Cornell University Press, Ithaca/Londres.
- HOLMES, O. W. (1899), "Law in Science and Science in Law", *Harvard Law Review*, Vol. XII, Núm. 7, pp. 443-463.
- HOLMES, O.W. (1991), *The Common Law*, Dover Publications, Inc., New York.
- HULL, N.E.H. (1997), *Roscoe Pound and Karl Llewellyn – Searching for an American Jurisprudence*, University of Chicago Press, Londres.
- JAMES, W. (1985), *Pragmatismo*, Orbis, Barcelona.
- LLEWELLYN, K. N., "Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, Núm. 8, pp. 1222-1264.
- LLEWELLYN, K.N. (1930), "A Realistic Jurisprudence - The Next Step", *Columbia Law Review*, Vol. 3, pp. 431-465.
- MENAND, L. (2002), *El Club de los metafísicos*, Destino, Barcelona.
- PAUL, J. (1959), *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague.
- PIERCE, C.S. (1988), "Cómo esclarecer nuestras ideas", en PIERCE, C.S., *Un hombre, un signo*, Crítica, Barcelona.
- POSNER, R.A. (2002), "Legal Scholarship Today", *Harvard Law Review*, Vol. 115, Núm. 5, pp. 1314-1326.
- POUND, R. (1908), "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, Vol. 8, pp. 605-623.
- POUND, R. (1918), "Juristic Science and Law", *Harvard Law Review*, Vol. XXXI, Núm. 8, pp. 1047-1063.
- POUND, R. (1923), "The Theory of Judicial Decision", *Harvard Law Review*, Vol. XXXVI, Núm. 6, pp. 940-959.
- POUND, R. (1931), "The Call For a Realist Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. XLIV, Núm. 5, pp. 697-711.
- POUND, R. (1938), "Fifty Years of Jurisprudence (IV)", *Harvard Law Review*, Vol. LI, Núm. 5, p. 777-812.
- POUND, R. (1940), "The Possibility of a Measure of Values", en POUND, R., *Contemporary Juristic Theory*, Ward Ritchie Press, Claremont Colleges.
- POUND, R. (1943), "A Survey of Social Interests", *Harvard Law Review*, Vol. LVII, Núm 1, pp. 1-39.
- POUND, R. (1945), "A Survey of Social Interests", *Harvard Law Review*, Vol. LVIII, Núm 7, pp. 909- 929.
- POUND, R. (1987), "My Philosophy of Law", en AA. VV., *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Fred B. Rothman & Co., Littleton, pp. 228-249.
- POUND, R. (1993), "Law in Books and Law in Action", en FISHER, W.W., HORWITZ, M.J. y REED, T.A. *American Legal Realism*, Oxford University Press, Oxford.
- RUMBLE, W.E. (1968) *American Legal Realism. Skepticism, Reform and the Judicial Process*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- RUSSELL, B. (1994), *Historia de la filosofía occidental*, Vol. II, Espasa Calpe, Madrid.
- SÁNCHEZ DÍAZ, F.F. (2002), *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Comares, Granada.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2005), *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2012), "Holmes: el inicio de una nueva senda jurídica, estudio preliminar a O. W. Holmes", *La senda del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- SOLAR CAYÓN, J.I. (2002), *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Dykinson, Madrid.



- SUMMERS, R.S. (1982), *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca.
- WHITE M.G. (1949), *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, Beacon Press, New York, 1949.
- WHITE, G.E. (1972), "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America", *Virginia Law Review*, Vol. 58, Núm. 6, pp. 999-1028.





Karl N. Llewellyn:

Algo de realismo sobre el realismo – Respondiendo al Decano Pound^{*1}

La agitación se propaga en el Derecho. La esfera de interés se amplía; los hombres se interesan de nuevo por la vida que se agita alrededor de los asuntos jurídicos. Antes que las reglas estaban los hechos; en el comienzo no era una Palabra sino una Acción. Detrás de las decisiones se encuentran los jueces; los jueces son hombres; como hombres, tienen trasfondos humanos. Más allá de las normas, de nuevo, están sus consecuencias: más allá de las decisiones se encuentran las personas a quienes las normas y las decisiones, directa o indirectamente, afectan. El campo del Derecho se extiende más allá y más acá del Derecho Sustantivo de la academia y de la doctrina. La esfera de interés se está ampliando; y del mismo modo, también, el alcance de la duda. *Más allá de las normas están sus consecuencias, pero ¿las tienen? Algunas normas ¿no son simple papel? Y si tienen consecuencias, ¿cuáles son esas consecuencias? Rumores, conjeturas sin ningún fundamento, suposiciones o afirmaciones no verificadas: ¿podemos confiar en tales elementos para saber lo que el Derecho está haciendo?*

La agitación es propia del momento. A finales de siglo el Derecho académico amenazaba con quedar reducido a palabras -plácido, aparentemente nítido, sin vida, como un viejo canal-. La práctica seguía discurriendo, turbia, turbulenta, vigorosa. Ahora está desparramándose, inundando el canal de palabras estancadas. Trae agitación y problemas. También en otros campos del pensamiento se han derramado las aguas: el énfasis sobre la conducta en las ciencias sociales; el impulso hacia la integración; la revisión por parte de los físicos de sus premisas últimas; el desafío de la guerra y de la revolución. Esto agita. Agita el Derecho. Los intereses de la práctica demandan atención. Nuevos métodos de trabajo, desconocidos para los abogados, se incorporan junto a las técnicas tradicionales. Las mismas técnicas tradicionales son revisadas, verificadas empíricamente, despojadas de algunas confusiones. Y siempre hay esta incesante pregunta: *¿qué diferencia provoca esta ley, norma o decisión judicial?*

Se cuestiona si esta agitación es una sola cosa o son veinte; si es una, comprende veinte cosas en una. Pero está aquí. Se expande. No es mero charloteo. Arroja resultados, resultados suficientes a lo largo de la década pasada como para demostrar su valor.

Y quienes se hallan implicadas son personas de modestos ideales. Quieren que el Derecho trate -y ellos quieren tratar- con cosas, con gente, con tangibles, con tangibles *concretos* y relaciones *perceptibles* entre tangibles concretos, no sólo con palabras; cuando el Derecho trate con palabras, quieren que las palabras representen tangibles accesibles debajo de las palabras y relaciones perceptibles entre esos tangibles. Quieren verificar empíricamente las ideas, las normas y las fórmulas, mantenerlas próximas a los hechos. Ven las normas y el Derecho como medios para obtener fines, sólo como medios para obtener fines, teniendo sentido

* Traducción de José Ignacio Solar Cayón. LLEWELLYN, K. N., "Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. XLIV, Núm. 8, pp. 1222-1264.

¹ Jerome Frank no me dio permiso para que su nombre figurase como coautor de este trabajo por la única razón de que fue mi mano la que empuñó la pluma. Pero su generosidad no altera el hecho de que el artículo no podría haber sido escrito sin su ayuda. En consecuencia, escribo las primeras secciones, en reconocimiento parcial, como "Nosotros", queriendo decir con ello Frank y yo. En la descripción de los realistas vuelvo a la primera persona del singular, en parte porque cualquier alineamiento de obras tan distintas se halla teñido de influencias subjetivas, en parte porque cualquier redacción que pareciera sugerir una escuela que no existe sería desafortunada.

únicamente en la medida en que son medios para obtener fines. Sospechan, viendo al Derecho moverse lentamente y a la vida moverse rápidamente a su alrededor, que parte del Derecho puede haber perdido el contacto con la vida. Esta es una cuestión, en primera instancia, de hecho: ¿qué *hace* el Derecho a la gente, o por la gente? En segunda instancia, es una cuestión de fines: ¿qué *debe* hacer el Derecho a la gente, o por la gente? Pero no puede alcanzarse una conclusión acerca de si una parte específica del Derecho actual hace lo que debe hacer hasta que se pueda responder primero a la pregunta sobre lo que está haciendo ahora. Entender esto, e ignorar la respuesta, es comenzar con la agitación, es comenzar a intentar averiguar la respuesta.

Todo esto es -decimos- un punto de vista candoroso, y a menudo filosóficamente ingenuo, aunque tiene suficientes elementos de sofisticación intelectual. Niega muy poco, salvo la completud de las enseñanzas que nos han sido transmitidas. Sabe demasiado poco como para cuidarse de negar mucho. Afirma la ignorancia. Afirma la necesidad de conocer. Su llamada es en favor del esfuerzo intelectual para diseccionar viejas normas, viejos conceptos, y obtener una visión actual de las cosas. No es un punto de vista nuevo; es tan viejo como el hombre. Pero su redescubrimiento en cualquier época, por cualquier hombre, en cualquier disciplina, es motivo de alegría.

Hablad, si queréis, de una “teoría jurídica realista”. Y puesto que los trabajadores individuales que constituyen las células de esta agitación pregonan sus mercancías, consideran positivos sus resultados, ven la necesidad de que haya más trabajadores y más resultados, hablad, si queréis (como ha hecho el Decano Pound) de una *Llamada en favor de una teoría jurídica realista*². Si quienes avanzan insisten en avanzar más, ahí está esa llamada. Pero es una llamada que se apoya tanto en el trabajo hecho como en el trabajo por hacer, tanto en la experiencia como en la esperanza, tanto en alguna parte del experimento pasado que se mostró útil como en la sentida necesidad de ulterior experimentación.

El Decano Pound ha hablado de la llamada y la agitación. Una parte de su discusión exige inmediatamente nuestra atención. Él daba la bienvenida a esta agitación. La describía. Parecemos reconocernos en los términos generales en los que él describía a los agitadores: “la venidera generación de profesores de Derecho americanos”³; “nuestros más jóvenes profesores de Derecho” que insisten en una teoría jurídica realista⁴; “los nuevos realistas jurídicos”⁵; “la nueva escuela... el presente realismo jurídico”⁶. En estas denominaciones generales, decimos, parecemos reconocernos (excepto en lo de “escuela”). Había atributos más específicos que también suscitaron una reacción positiva: “Por realismo ellos quieren decir fidelidad a la naturaleza, registro preciso de las cosas tal como son, en contraste con las cosas tal como se imagina que son, o se desea que sean”⁷. “Insistentes... en comenzar con una recopilación objetivamente científica de los hechos”⁸. “La explicación psicológica del papel de la razón en la conducta humana, del nivel al que las supuestas razones vienen después de la acción como explicaciones en lugar de antes de la acción como factores determinantes de la misma, ha causado una profunda impresión sobre la naciente generación de juristas”⁹. “Mirando hacia los preceptos, las doctrinas y las instituciones por

² *Harvard Law Review* (1931) 44, p. 697.

³ *Id.*, p. 697.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, y *passim*.

⁶ *Id.*, p. 701

⁷ *Id.*, p. 697.

⁸ *Id.*, p. 700.

⁹ *Id.*, p. 705.

referencia a cómo funcionan o dejan de funcionar, y por qué”¹⁰. “Hay un evidente avance en su franco reconocimiento del elemento alógico o no racional en la acción judicial que la ciencia jurídica (¿la filosofía?) del siglo XIX trató de ignorar”¹¹. Si estos eran los atributos de los “nuevos realistas”, nosotros sabíamos quienes eran. Nos alegramos de que un académico del estatus y de la perspectiva del Decano Pound encontrara muchas cosas apreciables en esa agitación. Estábamos de acuerdo con él en que era importante el contacto entre el viejo y el nuevo pensamiento.

Pero la descripción del Decano no se detenía en los puntos mencionados. Continuaba. Alrededor de los huesos que conocíamos incorporó una carne que no conocíamos. Una carne desagradable. Los nuevos realistas, o “la mayoría de ellos”, habían sido -tal como el Decano les interpretaba- culpables de un buen número de cosas de las que pensadores meticulosos no se sentirían orgullosos. El Decano Pound criticaba estas ofensas intelectuales. Y las criticaba certeramente. La cuestión es una cuestión de hecho: si esas ofensas han sido o no cometidas realmente. Porque si lo han sido, los reproches del Decano son necesarios. Coged la vara y golpead al realista.

La cuestión es una cuestión de hecho. Debe ser juzgada por los hechos. Y debe ser juzgada. Cuando el Decano Pound habla sobre la ciencia jurídica, todos le escuchan. La profesión ha confiado tanto tiempo en él para descubrir, leer, asimilar, clasificar e informarse sobre juristas extranjeros y antiguos como para no confiar de nuevo en él cuando habla de aspirantes a juristas modernos y de casa. Por eso lamentamos que, extrañamente, se haya apartado en su artículo de una práctica que habitualmente ha seguido siempre¹²: la de indicar con precisión, cada vez que presentaba un punto de vista, de quién era ese punto de vista y dónde se hallaba expuesto. Dejada de lado en esta ocasión la verificación de las afirmaciones concretas, la mayoría resultaron erróneas. Y el error en la percepción o la descripción de los atributos de estos nuevos agitadores sería desafortunado. Porque “estamos ante un movimiento importante en la ciencia del Derecho y nos incumbe comprenderlo y pensar sobre él”¹³.

Nosotros hemos indagado en una serie de puntos de su descripción posterior -puntos del realismo que él no aprueba- y presentamos los resultados¹⁴. Únicamente hablamos, nótese, por nosotros mismos, y sólo de los hechos, no por los hombres cuyo trabajo hemos examinado. Las interpretaciones, los juicios y la responsabilidad son nuestras. No somos portavoces de una escuela.

El método de la investigación se expone en una nota a pie de página. Los resultados detallados se recogen en parte en un apéndice. Aquí indicamos los resultados en resumen, para aclarar algunas cosas que los realistas no son. De manera que allí se encontrará una interpretación del nuevo fermento agitador y de sus consecuencias, a modo de contraste, siguiendo unas líneas organizativas independientes de los puntos observados por el Decano.

Debe mencionarse una última cuestión preliminar. El Decano Pound fue cuidadoso al reconocer que “se puede indicar el trabajo a realizar para el progreso de una escuela sin implicar que aquellos que están comprometidos en esa tarea

¹⁰ *Id.*, p. 706.

¹¹ *Ibid.*

¹² “The End of Law as Developed in Juristic Thought” (1914) 27 *Harvard Law Review*, p. 605, y (1917) 30 *Harvard Law Review*, p. 201; “The Progress of the Law – Analytical Jurisprudence, 1914-1927” (1927) 41 *Harvard Law Review*, p. 174; *Law and Morals* (1924); *Interpretations of Legal History* (1923). *An Introduction to the Philosophy of Law* (1924) contiene sólo una bibliografía general.

¹³ POUND, *supra* nota 1, p. 697.

¹⁴ Nos reservamos una cuestión para su tratamiento en un apartado posterior del artículo: la reiterada insinuación del Decano sobre una “escuela” de realistas.



sean ignorantes de ello, o que no intenten esforzarse en ello a su debido tiempo”¹⁵. Y también al reconocer que “es injusto tomar cualquier tema, o incluso cualquier conjunto de temas, de uno o más de sus componentes y asumir que puede ser fijado como un dogma característico de la escuela en formación”¹⁶.

Sin embargo, él afirma: “hay cinco temas que pueden encontrarse tan generalizadamente *en los escritos* de la nueva escuela *que puede estar justificado considerarlos, o al menos la mayoría de ellos, como las ideas del actual realismo jurídico*”¹⁷. Los puntos de la descripción examinados aquí están tomados, con tres excepciones, de estos cinco temas o de su desarrollo detallado en el artículo de Pound.

I

El juicio iniciado a raíz de la acusación del Decano Pound no es fácil. Es una acusación general. Es general en cuanto al tiempo, al lugar y a la persona responsable de cada ofensa. No especifica a ningún ofensor por su nombre.

Tenemos las indicaciones generales mencionadas anteriormente: “nuevos realistas” y similares. Tenemos las indicaciones más específicas también señaladas. Tomadas conjuntamente reducen el grupo de referencia¹⁸. Podemos, por tanto, contrastar los temas con un muestreo razonable de los hombres a quienes se ajusta el resto de la descripción¹⁹.

¹⁵ POUND, *supra* nota 1, p. 709.

¹⁶ *Id.*, p. 700.

¹⁷ *Id.*, p. 701 (la cursiva es del autor).

¹⁸ Esperábamos que fuese más preciso. Escribimos al Decano Pound preguntándole a quiénes había tenido en mente cuando escribió su artículo. La acumulación de su trabajo en Washington y de su trabajo ordinario fue la razón por la que no entró en detalle. Mencionó específicamente tres nombres. Había tenido en mente a Bingham y a Lorenzen, pero no a C. E. Clark.

¹⁹ *El muestreo de los hombres*. Establecimos los siguientes criterios: (a) los elegidos deben ajustarse a los temas generales y específicos expuestos; (b) debe incluirse a las figuras principales de la nueva agitación; (c) para que podamos sacar a la luz la mayoría de pasajes que justifican las acusaciones que desafiamos, los elegidos deben incluir a todos aquellos que tienen reputación de haber tomado posiciones extremas; (d) debe incluirse un amplio abanico de posiciones y puntos de vista.

(1) Bingham y Lorenzen se hallan, desde luego, incluidos. (2) Añadimos a aquellos que creemos son reconocidos como figuras centrales de estímulo del nuevo fermento: C. E. Clark, Cook, Corbin, Moore, T. R. Powell, Oliphant. (3) Posteriormente añadimos a personas particularmente ruidosas en la defensa de puntos de vista nuevos o revolucionarios: Frank, Green, Radin. (4) Incorporamos a todos aquellos que han sido criticados como extremistas en alguno de los puntos mencionados por el Decano: Hutcheson, Klaus, Sturges. (5) Completamos con tantos más como el tiempo nos permite: Douglas, Francis, Patterson, Tulin, Yntema -elegidos en parte porque sus escritos han tocado explícitamente puntos teóricos y en parte porque sus escritos nos son familiares o no son demasiado voluminosos. (6) Incluimos a Llewellyn por vociferante y extremista, pero particularmente porque él, y sólo él, ha publicado una “Llamada en favor de una teoría jurídica realista” bajo esa peculiar etiqueta: “A Realistic Jurisprudence – The Next Step” (1930) 30 *Columbia Law Review*, p. 431. Esto suma veinte nombres. Sin duda hay veinte más. Pero la mitad es un muestreo correcto. Hemos repasado la lista y encontramos que sus componentes se alinean desde la derecha hasta las cuatro o cinco izquierdas imperantes. Son característicos o extremos. Publican más frecuentemente que la mayoría sobre estas materias. Si no confirman los puntos críticos de la descripción de Pound estaremos seguros al afirmar que aquellos puntos no se sostienen. (A pesar de la negativa de Pound, debemos incluir a Clark. Su sed de hechos y su influencia en la investigación procesal obligan a esta inclusión. CORBIN, “The Law and the Judges” (1914) 3 *Yale Review*, p.234 y ss., es, creemos, la primera presentación madura de la actitud realista, si exceptuamos a Holmes y a Bingham. No incluimos a Frankfurter; él ha sido considerado generalmente un “jurista sociológico”, no un “realista”. Se gana poco mostrando que alguien que no es considerado un realista no se ajusta a una supuesta descripción de “los realistas”).

El muestreo de los escritos. Seleccionamos aquellos escritos que nos parecía que trataban más directamente puntos de teoría jurídica o que contenían evidencia sobre algunas de las alegaciones del Decano. Escribimos a los autores requiriendo a cada uno de ellos dónde había expresado sus sugerencias y de ese modo fuimos conducidos a un número de trabajos que, de lo contrario,

Hemos elegido veinte hombres y noventa y tantos títulos; hombres representativos y títulos pertinentes. Los hemos examinado para determinar hasta qué punto la evidencia apoya las alegaciones del Decano. Los resultados de nuestra investigación se presentan resumidos en cada punto.

LOS RESULTADOS DEL TEST

Las exposiciones de los puntos del Decano aquí realizadas se hacen *en nuestro lenguaje, no en el suyo*. Hemos intentado captar y exponer su significado lo mejor que hemos podido. Pero podemos malinterpretarlo. Lo que pretendemos ofrecer *no es, por tanto, lo que el Decano Pound quiso decir sino cómo cabe esperar que un lector razonable entienda sus palabras*²⁰.

habríamos omitido. Bingham, Clark, Corbin, Douglas, Green, Klaus, Patterson, Powell, Radin y Sturges tuvieron la generosidad de suministrarnos tales referencias, señalándonos a menudo los fragmentos específicos pertinentes. Ellos de ninguna manera son responsables de lo que decimos, o de nuestro plan organizativo. En cualquier caso, además, nosotros somos los únicos responsables de la inclusión o exclusión de los fragmentos que nos indicaron, o de cualesquiera otros de sus obras, de su clasificación y, especialmente, de los juicios generales expresados. Pero sus referencias facilitaron mucho nuestra tarea. Una lista completa de los autores y de los títulos se da en el Apéndice 1.

Procedimiento de verificación. Cada trabajo incluido en el listado, haya sido citado o no, se ha leído o releído completo para el propósito presente, al objeto de asegurarnos de que no existía evidencia en contrario y de que todo pasaje citado se hallaba en consonancia con el conjunto. Si no se dice lo contrario, los pasajes citados *contra el Decano* se hallan en sólida armonía no sólo con el conjunto del trabajo en el que se encuentran sino también con la obra del autor en general. Los pasajes citados en favor del Decano frecuentemente son injustos con sus autores, razón por la cual pedimos perdón. Los juicios relativos al tono general o al espíritu de un escrito (una cuestión que en ocasiones es muy diferente de su redacción específica) son nuestros.

Habíamos preparado para su uso en el Apéndice II la exposición -en el lenguaje del Decano Pound- de las posiciones aquí desafiadas y que, desde su punto de vista, los realistas -o muchos de ellos, o algunos de ellos- sostenían. Y bajo cada punto se ordenaba la siguiente evidencia. (a) *Todos* los pasajes encontrados que apoyaban la descripción del Decano. (b) Aquellos pasajes que podrían ser plausiblemente aducidos en su apoyo, así como nuestro juicio sobre aquellos escritos cuyo aroma o espíritu general podría ser plausiblemente aducido en su apoyo. En cada uno de estos casos se recogen, si se encuentran, otros pasajes del mismo autor que clarifican su posición. (c) Algunos de los pasajes que ponen de manifiesto la inexactitud de la descripción del Decano. Estos eran tantos que a menudo sólo se les citaba o incluso se omitían. Creemos no haber omitido muchos de los pasajes que verdaderamente apoyan la descripción del Decano. Estos se destacan para los lectores de nuestra tendencia. Sin embargo, los pasajes "plausibles, pero refutables" aquí ofrecidos probablemente son sólo una parte de los presentes en los materiales que hemos examinado. Los pasajes plausibles adquieren su apariencia de plausibilidad en la mente del lector. Se camuflan para quien (aunque intente encontrarlos) los colorea con el significado global del trabajo en el que se encuentran.

Como se indica en el Apéndice II, la falta de espacio impidió la impresión de todo este material. Su forma era fundamentalmente como la del Punto 11 allí expuesto, que puede servir como una muestra.

Cada punto se cerró con un resumen contable de los resultados bajo las rúbricas: (a) Favorables; (b) Plausibles: (i) no refutados, (ii) refutados; (c) En contra; (d) No hallada evidencia. La categoría "No hallada evidencia" es casi tan significativa como cualquier otra: la descripción del Decano descansa expresamente *sobre los escritos* de los "nuevos realistas".

Fueron examinados pasajes publicados con posterioridad al 1 de febrero de 1931. Son significativos de los puntos de vista más recientes de los pensadores que queremos presentar. Tales pasajes no pueden, sin embargo, considerarse accesibles al Decano en el momento en que escribió. Se traen únicamente por razón de la fidelidad en la diagnosis de las tendencias de pensamiento.

Frank es responsable de los errores y las omisiones sobre Bingham, Green, Frank y Radin; Llewellyn de los demás.

Por último, escribimos -como escribieron los hombres cuyo trabajo estamos discutiendo- para lectores suficientemente pacientes y cuidadosos como para *leer* lo que se encuentra en la página. Las implicaciones gratuitas son castillos en el aire. No hay discusión con personas que insisten en inventarlas. Los realistas escriben para quienes saben leer. En primera instancia, tomamos las palabras de un escritor por lo que, bajo una razonable y cuidadosa lectura, parecen decir. Intentamos tener en cuenta de manera separada el tono general y la impresión final.

²⁰ Para conocer las palabras del Decano Pound sobre los puntos 1, 10 y 11, junto con una consideración detallada de los resultados de nuestra investigación sobre los mismos, véase el Apéndice II. Para evitar malinterpretaciones por nuestra parte pedimos permiso al Decano Pound para presentarle nuestro manuscrito, a fin de que las pudiera corregir. Sus ocupaciones, desgraciadamente,



Punto 1. Gran parte de la discusión de los realistas sobre las ideas de los jueces muestra cuáles “deben” ser tales ideas, bajo determinada teoría psicológica actual, *sin investigación de lo que la experiencia judicial registrada revela*²¹.

- (a) Favorables: tal vez Bingham, Francis e Yntema: 3;
- (b) Plausibles: ninguno;
- (c) En contra: 16;
- (d) No hallada evidencia: 1.

Punto 2. Uno de los temas más comunes en los escritos de la nueva escuela es su *fe en las masas de cifras estadísticas como si tuvieran un significado por sí mismas*²².

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: ninguno; (ii) Refutado: 1;
- (c) En contra: 9;
- (d) No hallada evidencia: 10.

Punto 3. Se insiste mucho en la importancia *exclusiva* de aproximarse al Derecho por medio de una terminología precisa. Algunos realistas creen que los problemas se pueden solventar con la terminología²³.

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutados, quizás: Cook, More²⁴: 2; (ii) Refutado: 1;
- (c) En contra: 14;
- (d) No hallada evidencia: 3.

Punto 4. Un gran grupo de realistas esperan que puedan desarrollarse fórmulas estrictamente precisas y prácticas sobre el Derecho, de manera análoga a lo que sucede en la física matemática; y esperan que estas fórmulas sean operativas sin más como reglas de acción²⁵.

no se lo permitieron. De manera que existirán malinterpretaciones, puesto que en ocasiones hemos tenido tantos problemas para entender lo que el Decano quiere decir como él tiene en ocasiones para entender lo que dicen los realistas. Esto es inevitable. Las palabras se leen desde el trasfondo de cada lector, y resultan distorsionadas en consonancia.

²¹ Véase la p. 30. Desde la preparación de este trabajo Yntema ha hecho méritos para ser movido a la columna “En contra”. YNTEMA y JAFFIN, “Preliminary Analysis of Concurrent Jurisdiction” (1931) *University of Pennsylvania Law Review*, especialmente pp. 881-886. Y la evidencia interna es numerosa en esa misma dirección en relación a los tres autores nombrados.

²² Véase POUND, *supra* nota 1, p. 701, líneas 1-5, y p. 703, líneas 13-15.

²³ Véase *id.*, p. 702, primer párrafo completo.

²⁴ Los pasajes plausibles (citados en el Apéndice I) son COOK, “Scientific Method and the Law”, p. 233; “The Alienability of Choses in Action”, II, pp. 452, 461, 481 (pero cf. *ibid.*, p. 484); “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, pp. 473, 484, n. 75 (pero cf. *ibid.*, pp. 475, 479, n. 60). Plausible por parte de Moore es sólo el aroma de “An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking”.

²⁵ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 702, líneas 4-5, 25-26 y último párrafo; p. 703, líneas 13-15. COOK, “The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws”: “Los postulados en cuestión contienen afirmaciones inherentemente contradictorias y, por tanto, nunca pueden proporcionar una base satisfactoria para una doctrina razonable en el ámbito del conflicto de leyes” (p. 380). En cierto modo, implicado en “Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life”, p. 785; y en el aspecto *descriptivo* solamente, “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”, p. 337; “Scientific Method and the Law”, p. 233; “The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws”, p. 371, n. 12; “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, pp. 457-458. En el aspecto *normativo*, cf. “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”, p. 365; “Scientific Method and the Law”, pp. 230-231; “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, pp. 485-486. Pero compárese con *ibid.*, p. 470, donde define lo que entiende por “doctrina razonable”. Y, en su contexto, incluso el pasaje

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Cook: 1; (ii) Refutado 1;
- (c) En contra: (i) Que no esperan ningún resultado *via* técnicas estrechamente análogas a las de la física matemática: 5; (ii) Conscientes de la existencia de grandes limitaciones sobre lo que puede esperarse de los métodos cuantitativos: 4 (uno duplicado).
- (d) No hallada evidencia: 10.

Punto 5. Muchos realistas insisten en *que el elemento racional en el Derecho es una ilusión*²⁶.

- (a) Favorables: posiblemente Frank: 1;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Green: 1; (ii) Refutados: 4;
- (c) En contra: 13;
- (d) No hallada evidencia: 1.

Punto 6. Los realistas a menudo presuponen que alguna de las teorías psicológicas en competencia es la *unum necessarium* para la ciencia jurídica²⁷. (La teoría de la racionalización es, creemos, utilizada por todos nuestros colegas. Pero ninguno de ellos la emplea como la única arma de ataque válida). Interpretamos que “teorías psicológicas en competencia” se refiere a cuerpos generales de doctrina, por ejemplo el behaviorismo o el psicoanálisis. En cuanto a esto:

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: ninguno; (ii) Refutados: 2;
- (c) En contra: 4;
- (d) No hallada evidencia: 14.

Punto 7. Muchos de los realistas tratan de ignorar la técnica, propia del *common law* tradicional, “de la aplicación”²⁸.

El examen revela que, más allá de la opinión, no nos encontramos aquí ante una cuestión de hecho que se pueda juzgar, puesto que parece que el Decano concibe las técnicas tradicionales fundamentalmente como técnicas *de aplicación de normas*, mientras que los realistas incluirían *todas* las técnicas tradicionales de la toma judicial de decisiones o del arte del abogado.

El análisis solamente muestra que nuestros colegas están muy interesados en el estudio de las técnicas tradicionales y que atribuyen un peso menor que el Decano Pound al aspecto de aplicación de las normas.

Punto 8. Los realistas no ven hasta qué punto la administración de justicia *proporciona certeza a través de las normas y los procedimientos*²⁹.

De nuevo, no aparece aquí ninguna cuestión de hecho, como opuesta a una opinión, que se pueda juzgar. El examen muestra que nuestros compañeros están

principal sólo significa que los postulados de Story fallan cuando *son testados según sus propias premisas*. (Citas completas en el Apéndice I)

²⁶ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 698, líneas 7-3; p. 705, líneas 4-6, últimas 5 líneas; p. 707, último párrafo, primeras tres líneas. Favorables: el aroma de FRANK, *Law and the Modern Mind* (pero *cf. id.*, pp. 37, 121, 138, 152, 169, 288, 343, 362 y especialmente 155-159; Frank repudia informalmente esa opinión y niega que sus escritos justifiquen esta clasificación). Plausibles: GREEN, *Judge and Jury*, por ejemplo pp. 145, 146, 148, 151, y su aroma.

²⁷ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 705, primer párrafo, primera frase; p. 706, lo mismo.

²⁸ Véase *id.*, p. 706, último párrafo.

²⁹ Véase *id.*, p. 707, líneas 4-9.



muy interesados en conocer hasta qué punto la justicia proporciona certeza, y hasta qué punto la proporciona -o la entorpece- a través de las normas y los procedimientos. Pero que tienden a discrepar con el Decano respecto al “hasta qué punto” en ambos casos.

Punto 9. Una característica del realista es que concibe la administración de justicia como un mero agregado de decisiones individuales más que como una aproximación a un curso uniforme de conducta³⁰.

La evidencia se refiere a la afirmación de que nuestros compañeros no consideran que la conducta judicial (u otra conducta jurídica) implique uniformidades.

- (a) Favorables: Frank: 1;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Green: 1; (ii) Refutados: 4;
- (c) En contra: 14;
- (d) No hallada evidencia: ninguno.

Punto 10. Muchos de los realistas tienen un interés exclusivo en los aspectos comerciales del Derecho, considerados exclusivamente desde el punto de vista de los objetivos empresariales más que de la sociedad como un todo³¹.

Esto podría, desde luego, atribuirse sólo a los diez abogados mercantiles que hay entre nuestros colegas:

- (a) Favorables, tal vez: Sturges: 1;
- (b) Plausibles, tal vez: (i) No refutado (en prensa): Moore: 1; (ii) Refutado: ninguno;
- (c) En contra: 7;
- (d) Hallada evidencia insuficiente (en prensa): 1.

Punto 11. Por clara implicación: el trabajo de los realistas no se interesa por la cuestión de lo que debe hacerse por medio del Derecho³².

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: ninguno; (ii) Refutados: 3;
- (c) En contra: 17;
- (d) No hallada evidencia: ninguno.

Punto 12. Por clara implicación: los realistas, *en sus intentos de descripción*, no toman en consideración los efectos de los propios ideales de los jueces acerca de lo que deben hacer³³.

- (a) Favorables: ninguno;
- (b) Plausibles: (i) No refutado: Moore: 1; (ii) Refutado: ninguno;

³⁰ Véase *id.*, p. 707, primer párrafo, primera frase; p. 708, líneas 1-8. Material favorable: FRANK, *op. cit. supra* nota 25. Pero véase *ibid.*, pp. 104, 130-132, 166-167, 251-252. GREEN, *op. cit.*, *supra* nota 25. Green insiste en la predictibilidad de los procedimientos y fórmulas, como distintos del resultado. Tanto Frank como Green concentran su atención en el tribunal de primera instancia.

³¹ Véase p. 31.

³² Véase p. 33.

³³ Véase POUND, *supra* nota 1, p. 700, desde la línea 3 a lo largo del párrafo. Plausibles: MOORE, “Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts” (1931) 40 *Yale Law Journal*, p. 563. Véase POUND, *supra* nota 1, p. 698, líneas 3-7; p. 699, líneas 1-16; p. 700, segundo párrafo.

(c) En contra: pasajes aducidos en el punto 11; pero no son particularmente significativos.

Lo que cuenta aquí es el tono global del trabajo de un autor. Pensamos que el interés realista por los efectos del ideal de ilusoria certeza que tiene el tribunal sería suficiente para negar este punto. Significativo en este examen es sobre todo la ausencia de apoyo positivo.

Punto 13. Por clara implicación: los realistas hacen caso omiso del carácter relativo de los significados, del modo en que las preconcepciones condicionan necesariamente la observación, y no se hallan en guardia contra sus propias preconcepciones mientras investigan³⁴.

- (a) Favorables: ninguno;
- (d) Plausibles: ninguno;
- (e) En contra: 12;
- (b) No hallada evidencia: 8.

SUMARIO: De los once puntos sobre los que podían ser diagnosticadas y contadas evidencias en apoyo de Pound, sólo encontramos tales evidencias en siete; pero ¿cuántas? Podemos aducir algún apoyo en favor de un punto de *tres de nuestros veinte hombres*, en favor de otros cuatro puntos de dos de los veinte, y en favor de otros dos puntos de uno de los veinte. *Uno de nuestros veinte hombres* ofrece algún apoyo en favor de *tres de los once puntos*, tres ofrecen algún apoyo en favor de dos de los once puntos y cuatro ofrecen algún apoyo en favor de un punto. *En ningún caso el apoyo ofrecido es fuerte, inequívoco o incondicional*, ni siquiera en el documento seleccionado.

Concedamos que hemos omitido autores o evidencias que apoyarían estos puntos descriptivos sobre los que se basa gran parte de la crítica de Pound a los realistas. Concedamos que (aunque inducidos por sus líneas de crítica) hemos, en parte, malinterpretado qué era lo que estaba criticando. Aún así, aducimos que *cualquier* descripción de lo que los “realistas” piensan, o de lo que “la mayoría de ellos creen” o de “lo que muchos de ellos escriben” -y especialmente cualquier descripción que se tome como base de la crítica- precisará, a la luz de nuestro análisis, evidencia por autor, capítulo y párrafo antes de que podamos creer que significa algo más que esto: *el escritor tiene la impresión de que hay alguien, tal vez dos “alguien”, cuyos escritos confirman esto*. Nosotros aceptamos las implicaciones que esta afirmación tiene para nosotros mismos. Todo lo que a partir de aquí digamos de los realistas, cuando no se cite evidencia alguna, debe considerarse una impresión vaga y muy falible.

³⁴ Véase *id.*, pp. 698-700.



II

LOS REALISTAS REALES³⁵

¿Cuáles *son*, entonces, las características de estos nuevos agitadores? Una cosa está clara. No hay una escuela de realistas. No hay probabilidades de que en el futuro exista tal escuela. No hay un grupo con un credo oficial o aceptado, ni siquiera emergente. No hay una renuncia a volar independientemente. Y esperamos que nunca la haya. Los nuevos reclutas adquieren herramientas y estímulos, no maestros, ni ideas magisteriales. Los viejos reclutas divergen en intereses. Únicamente tienen relación, dice Frank, por sus negaciones, sus escepticismos y su curiosidad³⁶.

Hay, sin embargo, un *movimiento* en el pensamiento y el trabajo jurídico. El movimiento, el método de ataque, es más amplio que el número de quienes se adhieren a él. Incluye el trabajo de muchos hombres que despreciarían adscribirse a su bandera. Hombres individuales, por tanto. Hombres más o menos influenciados recíprocamente, pero no más de lo que todos ellos han sido influenciados por la tradición ortodoxa o por esa agitación de principios de siglo en la que el Decano Pound tuvo un papel protagonista. Hombres individuales, trabajando y pensando sobre el Derecho y sobre su lugar en la sociedad. Sus diferencias respecto a puntos de vista, intereses, énfasis, campos de trabajo, son enormes. Difieren entre sí casi tanto como cualquiera de ellos difiere de, digamos, Langdell. Su número crece. Su trabajo encuentra aceptación.

Lo que uno encuentra cuando se les observa es doble. Primero (y resulta esperado), ciertos puntos de partida son comunes a todos ellos. Segundo (y esto, cuando no se puede encontrar ni escuela ni semejanzas notables entre individuos, es llamativo), una pertinencia recíproca, una complementariedad, un entrelazamiento de sus diversos resultados “como si estuvieran guiados por una mano invisible”. Puede mencionarse una tercera cuestión de pasada: una fe beligerante en sus métodos de ataque a los problemas jurídicos; pero en estos últimos años la batalla con los hechos se ha demostrado mucho más excitante que cualquier batalla con el tradicionalismo, de manera que aquella fe (hasta la viva ofensiva de 1931 contra los realistas) se había manifestado principalmente en la entusiasta tarea de seguir progresando en ese campo.

³⁵ ADLER, “Law and the Modern Mind – Legal Certainty” (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 91, y COHEN, “Justice Holmes and the Nature of Law” (1931) 31 *id.*, p. 352, han discutido el “realismo”. Cohen dirigiéndose especialmente a Frank, Moore (aunque no lo cite específicamente), Bingham y Oliphant; Adler a los mismos (excepto Moore), especialmente a Frank, y también a Cook, Yntema y Green (sin citar a ninguno de ellos). DICKINSON, “Legal Rules: Their Function in the Process of Decision” (1931) 79 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 833, basa sus críticas (especialmente de Cook, Frank y Llewellyn) en citas específicas. Radin e Yntema publican admirables trabajos sobre esta materia con los que estoy de acuerdo casi *in toto*. RADIN, “Legal Realism” (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 824; YNTEMA, “The Rational Basis of Legal Science” (1931) 31 *id.*, p. 925. En sus trabajos también faltan citas de los realistas: no hablan de o por una escuela sino por sí mismos. En la medida en que este trabajo pretende ser descriptivo peca de no realizar citas (como lo hizo mi controvertido trabajo, *supra* nota 18, al no especificar dónde podían encontrarse los puntos de vista criticados. *Mea máxima culpa!* y que me perdone quien quiera que se sienta caricaturizado. La preparación del presente trabajo me ha mostrado aquel error). Esperaba preparar en esta parte una considerable bibliografía pero el tiempo no me lo ha permitido. Félix Cohen ha sido muy amable al ayudarme en esta tarea e incluyo sus referencias marcadas con una “C”.

³⁶ Las denominaciones varían entre ellos. Yo les llamo realistas (y también Frank, Radin y, frecuentemente, Yntema; Bingham también reconoce el término. Y lo encuentro usado en el mismo sentido en la obra de Cook, Douglas y Frankfurter), enfatizando el interés en la realidad de lo que sucede y la desconfianza en las fórmulas. Cook prefiere hablar de un enfoque científico del Derecho y Oliphant de método objetivo, enfatizando los mismos rasgos. Clark habla de investigación de los hechos, Corbin de lo que los tribunales hacen. “Enfoque funcional” enfatiza el interés en, y la evaluación de, las consecuencias. Dickinson habla del movimiento escéptico.

Pero igual que sucede con la descripción de un orden económico, el tono y el color de la descripción varían según el punto de vista del reportero. Ningún otro de los miembros del movimiento compondría la imagen como lo haré yo. Tal crónica debe, por tanto, ser individual. Cada hombre, necesariamente, orienta la imagen global hacia su interés principal en ese momento -como yo orientaré todo hacia el mío: los mecanismos de funcionamiento de la jurisprudencia en los tribunales de apelación. Los mapas de los Estados Unidos preparados respectivamente por un especialista en geografía política y un estudiante del clima mostrarían alguna semejanza, cada uno ofrecería una imagen coherente, pero ninguno de los mapas de uno de ellos satisfaría al otro. Lo mismo ocurre aquí. Yo hablo por mí mismo de ese movimiento que en su suma total es el realismo; no hablo de “los realistas”; aún menos hablo *por* los participantes o por cualquiera de ellos. E intentaré tener presente en mi mente que la justificación para agrupar a estos hombres no descansa en que sean semejantes en sus creencias o trabajo, sino en que desde ciertos puntos de partida comunes se han bifurcado en líneas de trabajo que parecen construir un todo, un todo no planeado por nadie, no previsto por nadie y (puede ser) aún no suficientemente comprendido por nadie.

Los puntos de partida comunes son varios³⁷.

(1) La concepción del Derecho en flujo, del Derecho en movimiento y de la creación judicial del Derecho.

(2) La concepción del Derecho como un medio para conseguir fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cualquier parte del mismo necesita ser constantemente evaluada por su finalidad, y por sus consecuencias, y ser juzgada a la luz de ambas y de su relación recíproca.

(3) La concepción de la sociedad en flujo, y en un flujo característicamente más rápido que el Derecho, de modo que siempre existe la probabilidad de que alguna parte del Derecho necesite revisarse para determinar hasta qué punto se adecúa a la sociedad a la que pretende servir.

(4) El divorcio *temporal* entre el “Ser” y el “Deber ser” para los fines de la investigación. Con esto quiero decir que aunque debe recurrirse a los juicios de valor a la hora de establecer los objetivos de la investigación, sin embargo, durante la investigación misma del “Ser”, la observación, la descripción y el establecimiento

³⁷ Respecto de cada uno de los puntos siguientes he intentado verificar no sólo el tono general de sus obras, sino distintos escritos específicos de los veinte hombres mencionados y de algunos otros -por ejemplo Kidd, Maggs, Breckenridge, Morse, Durfee, Bohlen, Bryant Smith y Globe- y asegurarme de que cada punto era aplicable a cada uno de ellos. Algunos errores pueden haberse deslizado. Nótese cuán estrechamente la descripción se ajusta al trabajo de Holmes allá por 1871-1872: “Ordena el futuro, un ideal válido pero imperfectamente realizado”.

Sobre los puntos de partida comunes véase especialmente CORBIN, “The Law and the Judges”; LLEWELLYN, *Cases and Material on the Law of Sales*, Introd.; OLIPHANT, “A Return to Stare Decisis”; PATTERSON, “Can Law Be Scientific?”, todos ellos citados en el Apéndice I. Véase también ARNOLD, “The Restatement of the Law of Trusts” (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 800; CLARK, DOUGLAS y THOMAS, “The Business Failures Project – II. An Analysis of Methods of Investigation” (1931) 40 *id.*, p. 1034; BURCH, “The Paradoxes of Legal Science: A Review” (1929) 27 *Michigan Law Review*, p. 637; RADIN, “The Permanent Problems of the Law” (1929) 15 *Cornell Law Quarterly*, p. 1; YNTEMA y JAFFIN, *supra* nota 20; YNTEMA, *supra* nota 34. Y véase (C) ISAACS, “How Lawyers Think” (1923) 23 *Columbia Law Review*, p. 555; LASKI, “Judicial Review of Social Policy in England” (1926) 39 *Harvard Law Review*, p. 832.

Sobre el contraste de las normas con la realidad de las decisiones, véase especialmente CORBIN, DOUGLAS, KLAUS, TULIN, *infra*, Apéndice I; (C) FINKELSTEIN, “Judicial Self-Limitation” (1924) 37 *Harvard Law Review*, p. 338; FINKELSTEIN, “Further Notes on Self-Limitation” (1925) 39 *id.*, p. 221; en general, el trabajo más reciente de Isaacs, pero especialmente ISAACS, “The Promoter: A Legislative Problem” (1925) 38 *id.*, p. 887; BROWN, “Due Process of Law, Police Power and the Supreme Court” (1927) 40 *id.*, p. 943; HAMILTON, “Affectation with a Public Interest” (1930) 39 *Yale Law Journal*, p. 1089.



de las relaciones entre las cosas descritas deben permanecer *en la mayor medida posible* incontaminados por los deseos del observador o por lo que le gustaría que fuera o lo que piensa que (éticamente) debería ser. Más específicamente, esto exige el esfuerzo de no tomar en consideración, durante el estudio de lo que los tribunales hacen, la cuestión de lo que deben hacer. Tal divorcio entre el “Ser” y el “Deber ser” no debe concebirse, por supuesto, como permanente. Para quienes comienzan con la sospecha de que es necesario un cambio, el divorcio permanente sería imposible. El argumento es, sencillamente, que ningún juicio de lo que “Debe ser” hecho en el futuro con respecto a cualquier parte del Derecho puede realizarse inteligentemente sin conocer objetivamente, en la medida de lo posible, lo que esa parte del Derecho está haciendo. Y los realistas creen que la experiencia demuestra que la intromisión de la imagen del “Deber ser” *durante la investigación de los hechos* hace muy difícil ver lo que se está haciendo. Del lado del “Deber ser”, esto exige una insistencia en valoraciones informadas en lugar de especulaciones de salón. Todas las implicaciones del lado de la investigación del “Ser” sólo pueden apreciarse cuando uno observa las contribuciones hechas por los realistas en la descripción objetiva del Derecho mercantil y la práctica llevada a cabo por aquellos cuya filosofía social rechaza muchos de los fundamentos aceptados del actual orden económico (por ejemplo, Handler en registro de marcas y en publicidad; Klaus en marketing y banca; Llewellyn en ventas; Moore en banca y Patterson en gestión de riesgos).

(5) Desconfianza en la capacidad de las normas y los conceptos jurídicos tradicionales para *describir* lo que los tribunales o la gente están realmente haciendo. De ahí el constante énfasis en las normas como “predicciones generalizadas acerca de lo que los tribunales harán”. Esto está mucho más generalizado hasta el momento que su contrapartida: la cuidadosa separación entre las normas *para* hacer (preceptos) y las normas *de* hacer (prácticas).

(6) De la mano de esta desconfianza en las normas tradicionales (en su aspecto descriptivo) va una desconfianza en la teoría de que las proposiciones normativas prescriptivas son *el* factor poderosamente operativo en la producción de las decisiones judiciales. Esto supone la adopción tentativa de la teoría de la racionalización para el estudio de las sentencias. Se advertirá que “desconfianza”, en este punto y en el precedente, no es en absoluto equivalente a “negación en todo caso”.

(7) La creencia de que vale la pena agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas que las que se han utilizado en el pasado. Esto está relacionado con la desconfianza en las normas meramente verbales, que frecuentemente cubren situaciones fácticas dispares y complejas (verificándose la disparidad en parte por el modo en que los casos se presentan y en parte por el juicio del observador sobre cómo deben presentarse; pero un realista intenta indicar explícitamente qué criterio está aplicando).

(8) La insistencia en la evaluación de cualquier parte del Derecho en función de sus consecuencias, y la insistencia en que merece la pena intentar averiguar esas consecuencias.

(9) Insistencia en un *ataque sostenido y programático* de los problemas jurídicos según estas líneas. Ninguna de las ideas expuestas en esta lista es nueva. Cada una de ellas puede ser tomada de cualquier sitio; cada una de ellas puede ser tomada de recientes trabajos de la ortodoxia jurídica. Nuevos giros y combinaciones aparecen aquí y allá. Lo que es tan nuevo como vital es que un número importante de hombres recogen ideas que han sido expresadas y abandonadas, usadas una hora y abandonadas, tocadas de cuando en cuando y abandonadas; recogen tales ideas y comienzan a *llevarlas a cabo sistemáticamente, consistentemente, insistentemente*. Reconocemos que la idea o el punto de vista es familiar, pero los

resultados del trabajo constante, sostenido y sistemático con ellos no son familiares. No se trata de una búsqueda azarosa, ni de una genialidad que centellea y se olvida, sino del esfuerzo sostenido para llevar una vieja perspectiva hasta sus últimas consecuencias, para explotarla hasta el punto en que se torne una perspectiva aparentemente contradictoria, para explorar su relación con otras mediante el test de los hechos. Este impulso, en el Derecho, es tan completamente nuevo en las últimas décadas como para excusar cierto toque de frenesí entre los devoradores de langostas³⁸.

El primero, segundo, tercero y quinto puntos, aunque comunes a los trabajadores del nuevo movimiento, no son exclusivos de ellos. Pero los demás (4, 6, 7, 8 y 9) son para mí sus rasgos característicos. Los hombres o los trabajos que se ajustan a estas especificaciones son para mí "realistas", cualquiera que sea la etiqueta que utilicen. Tal es, y ninguna otra, la perfecta fauna de esta nueva tierra. No todo el trabajo citado se ajusta a mi peculiar definición en todos los puntos. Pero todo ese trabajo se ajusta a la mayoría de los puntos.

Atados, como están todos los "innovadores", por el pensamiento previo, estos innovadores realistas dirigieron sus baterías en primer lugar hacia el funcionamiento de los tribunales de apelación. Aún completamente dentro de la tradición de nuestro Derecho, lucharon por mejorar esa tradición.

(a) Una temprana y fructífera línea de ataque tomó prestado de la psicología el concepto ya mencionado de *racionalización*. Reexaminar las sentencias, viéndolas no ya como un reflejo del proceso de decisión de los casos sino más bien como razonamientos propios de abogados expertos realizados por los jueces (después de que la decisión ha sido tomada) al objeto de que la decisión parezca plausible, jurídicamente decente, jurídicamente correcta, que parezca realmente inevitable: esto era abrir una nueva visión. Fue asumido que la lógica deductiva de las sentencias en ningún modo precisa ser una *descripción* del proceso de decisión o una *explicación* de cómo ésta fue alcanzada. Ciertamente, el sobre-entusiasmo ha llevado en ocasiones a asumir que la lógica de la sentencia *no podía* ser ni una cosa ni otra; y un similar sobre-entusiasmo, viendo cómo en un caso tras otro la sentencia apenas tenía valor para indicarnos cómo se tomó la decisión, ha motivado que en ocasiones se considere también que la sentencia no tiene ningún valor para predecir lo que hará un tribunal posterior³⁹.

Pero la línea de investigación *via* racionalización ha venido prácticamente a demostrar que, en cualquier caso suficientemente dudoso para que pueda razonablemente plantearse un litigio, las premisas autoritativas disponibles -es decir, las premisas normativas legítimas e impecables según las técnicas jurídicas tradicionales- son al menos dos, y que las dos son mutuamente contradictorias en su aplicación al caso en cuestión⁴⁰. Lo que plantea la cuestión de qué es lo que hizo

³⁸ Puesto que quienquiera que lea el manuscrito en esta triste época encontrará esta referencia sin sentido, aunque a mí todavía me gusta, inserto el pasaje: "...Predicando en el desierto de Judea, y diciendo: Arrepentíos... Y el mismo Juan tenía su vestido hecho de pelos de camello, con un cinturón de cuero a sus lomos, y su comida eran langostas y miel silvestre", Mateo, 3, 1-4.

³⁹ Por ejemplo, TULIN, "The Role of Penalties in Criminal Law" (1928) 37 *Yale Law Journal*, p. 1048; DOUGLAS, "Vicarious Liability and Administration of Risk" (1929) 38 *id.*, pp. 584 y 720; CORBIN, "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930) 46 *Law Quarterly Review*, p. 12.

Moore y Oliphant con seguridad, y creo que Sturges, diferirían de mí, en mayor o menor grado, respecto al grado de "sobre-entusiasmo". La búsqueda de Moore durante tres años logró alguna técnica más objetiva de predicción. MOORE y SUSSMAN, "Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts" (1931) 40 *Yale Law Journal*, pp. 381, 555, 752, 928. Y OLIPHANT, "A Return to Stare Decisis" (1928) 14 *American Bar Association Journal*, pp. 71, 159, n. 5.

⁴⁰ Para una serie de ejemplos, véase COOK, "The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems", en 5 *Lectures on Legal Topics*, Association of the Bar of the City of New York (1923-1924), p. 335; POWELL, "Current Conflicts Between the Commerce Clause and State Police Power, 1922-1927" (1928) 12 *Minnesota Law Review*, pp. 470, 491, 607 y 631.



que el tribunal eligiera una de las premisas disponibles en lugar de la otra. Y lo que suscita la mayor de las dudas respecto de *hasta dónde* llega realmente esa supuesta certeza en las decisiones que deriva simplemente de la presencia de las normas aceptadas.

(b) Una segunda línea de ataque ha consistido en distinguir las normas en función de su significado relativo. Se ha escrito y pensado demasiado sobre “Derecho” y “normas”, de forma general. ¿Qué parte del Derecho? ¿Qué normas? Normas de hierro de política jurídica y normas “en ausencia de acuerdo”; normas que evitan que un caso vaya al jurado y normas sobre el protocolo de las instrucciones necesarias para que un veredicto sea válido -si se puede alcanzar-; normas “de pura decisión” para casos sanitarios y normas que tienen en cuenta los consejeros en su asesoramiento; normas que afectan a muchos (¿a cuántos y cómo?) y normas que afectan a pocos⁴¹. Estas distinciones afectan al currículum jurídico tradicional, a la organización tradicional de los manuales y, sobre todo, a la orientación del estudio: se trata de dirigirlo hacia los campos más importantes de desconocimiento.

(c) Una línea más de ataque sobre la incerteza y el aparente conflicto entre las decisiones de los tribunales de apelación ha sido la de buscar una más comprensible exposición de las mismas agrupando los hechos en nuevas -y característicamente, pero no siempre, más reducidas- categorías. Buscamos (guiados por el sentido común) correlaciones de situaciones fácticas y resultados que puedan revelar *cuándo* los tribunales se inclinan por una antes que por otra de las premisas disponibles en competencia. Podemos incluso dar con la pista del *por qué* lo hacen. Tal vez, por ejemplo, las dificultades que implica la existencia de un tercero beneficiario sencillamente dejan de ser aplicables a las promesas de hacer provisiones en favor de familiares dependientes⁴²; tal vez la “regla del deber preexistente” se cae por la borda cuando estamos ante un acuerdo sobre capitulaciones matrimoniales⁴³. Tal vez, incluso, los contratos en el ámbito de lo que podríamos denominar, ampliamente, relaciones familiares no operan en general como lo hacen en el ámbito de los negocios⁴⁴. Si esto es así, las normas -entendidas como *predicciones* de lo que sucederá- necesitan ser reformuladas. En ocasiones es cuestión de sacar a la luz excepciones hasta ahora inadvertidas. Pero en otras los resultados obligan al trabajador a reclasificar completamente un área⁴⁵. Característicamente, como ya se ha afirmado, las clases de situaciones que resultan son más reducidas, mucho más reducidas que las clases tradicionales. El proceso es, en esencia, la técnica ortodoxa de la realización de distinciones y de la reformulación, pero emprendida de manera sistemática; explotada conscientemente, en lugar de permanecer en reserva hasta que los hechos que rehúsan ser retorcidos mediante “interpretación” fuerzan la acción⁴⁶. La desviación del procedimiento

⁴¹ Compárense los trabajos de Bohlen y Green sobre ilícitos civiles; de Llewellyn sobre contratos, como intentos de desarrollar este tipo de perspectiva más consistentemente.

⁴² Nótese (1931) 31 *Columbia Law Review*, p. 117.

⁴³ Un estudio no publicado de Moore. Otro ejemplo es HANDLER y PICKETT, “Trade Marks and Trade Names. An Analysis and Synthesis” (1930) 30 *Columbia Law Review*, pp. 168, 759.

⁴⁴ Tal vez no deban hacerlo, pero ésta es una cuestión de “Deber ser”. Uno se verá forzado a suscitara si averigua que los tribunales, en sus resultados, evitan persistentemente las consecuencias de lo que la doctrina aceptada afirma que es la norma general. Compárense MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38, pp. 555, 557; OLIPHANT, *supra* nota 38, pp. 159, 160.

⁴⁵ Algunas veces el esfuerzo no da frutos. DURFEE y DUFFY, “Foreclosure of Land Contracts in Michigan: Equitable Suit and Summary Proceeding” (1928) 7 *Michigan State Bar Journal*, pp. 166, 221, 236. Constituye un signo sincero del crecientemente espíritu científico el hecho de que se publiquen los resultados negativos de la investigación.

⁴⁶ Puede que no sea *conveniente* diseñar normas en términos de estas categorías más estrechas *para* que los tribunales las utilicen. Williston argumenta que el conjunto de fórmulas oficiales no debe ser demasiado complejo; son para su “aplicación” por hombres ordinarios, no gigantes intelectuales.

ortodoxo reposa fundamentalmente en la desconfianza hacia -en lugar de en la búsqueda de- el más amplio espectro de generalización que las palabras permiten⁴⁷. No es que no se deseen esas generalizaciones amplias -*si pueden hacerse de manera que reflejen lo que los jueces hacen*.

Estas tres líneas de ataque convergen en una sencilla conclusión: existen menos posibilidades de predecir adecuadamente lo que los tribunales harán de lo que las normas tradicionales nos llevan a suponer⁴⁸(y si esa posibilidad existe, debe encontrarse en buena medida al margen de estas mismas normas tradicionales). La clase particular de certeza que hasta ahora los hombres han pensado encontrar en el Derecho es en buena medida una ilusión. Los trabajadores realistas han insistido en ocasiones en esta verdad tanto que se ha pensado que están complacidos con ella. (Quien no distingue entre el “Ser” y el “Deber ser” tiende a sospechar que las declaraciones de hechos reflejan preferencias, juicios éticamente normativos, de quienes realizan esas declaraciones).

Pero las declaraciones de hechos no son apreciaciones de valor. Más bien lo contrario. El resultado inmediato del trabajo preliminar descrito hasta ahora ha sido una continua y variada serie de esfuerzos: *la focalización del ataque consciente en el descubrimiento de los factores hasta ahora impredecibles, en gran parte con vistas a su control*. No totalmente con vistas a su eliminación; parte del ataque consciente se halla dirigido a averiguar dónde y cuándo y hasta qué punto la incerteza tiene valor. Gran parte de lo que ha sido interpretado como una insistencia del movimiento en la idea de que sólo lo particular puede tener un significado (con el supuesto rechazo implícito de la existencia de generalizaciones válidas o apropiadas) representa de hecho una clarificación del fundamento para dicho ataque. El estudio minucioso de los impredecibles particulares puede disminuir la impredecibilidad. Puede incrementar el valor de lo que permanece. Ciertamente clarifica cuál es la situación actual. “Eslabón a eslabón se hace una cota de malla”.

WILLISTON, *Some Modern Tendencies in the Law* (1929), p. 127. Eso no afecta al punto presente. Incluso con la prevalencia de fórmulas amplias, como sucede ahora, aún se obtienen mejores resultados para *describir* lo que los tribunales hacen si se piensa en términos de clasificaciones fácticas más reducidas. Pero una buena porción de la presente impredecibilidad es atribuible con seguridad al hecho de que los tribunales están utilizando fórmulas oficiales que sólo parcialmente se ajustan a lo que los hechos parecen reclamar. Algunas veces los hechos ganan, algunas veces las fórmulas. Véase nota 46.

⁴⁷ Cuando este procedimiento resulta en una formulación conforme a líneas sorprendentemente no ortodoxas -*cf.* mi propia aproximación al título en *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930)-, pero que el trabajador encuentra útil en la predicción o en la generalización de resultados, la pregunta del Decano Pound respecto hasta qué punto los tribunales consiguen certeza mediante las normas y los procedimientos tradicionales se convierte en apremiante. En ocasiones MOORE (fundamentalmente en conversación), OLIPHANT (*supra* nota 38, conversación y su teoría de contratos) y STURGES (“Legal Theory and Real Property Mortgages” (1928) 37 *Yale Law Journal*, p. 691) me parecen rayar en una posición que se escapa a mi entendimiento: que las reacciones de los jueces ante los hechos en tales casos están sólo insignificadamente influenciadas por las normas ortodoxas. Mi experiencia es que cuando las medidas (aquí “la norma”) no se ajustan a los objetivos (aquí la línea de discriminación descubierta por el enfoque del “juicio sobre la cuestión de hecho”) el resultado es *siempre* alguna deficiencia en la realización de los objetivos. Y mi experiencia es que cuando los objetivos no son conscientes generalmente hay deficiencias a la hora de encontrar una medida para su adecuada realización. (Compárense los resultados de Corbin sobre los casos ingleses: CORBIN, “Contracts for the Benefit of Third Persons” (1930) 46 *Law Quarterly Review*, p. 12). Lo que se ha ganado con la nueva formulación, si se demuestra importante, me parece que es una herramienta para clarificar la situación y los objetivos; un instrumento para sacar a la luz un factor escondido, tal vez el factor escondido en la pasada incerteza; tal vez también una nueva perspectiva sobre objetivos certeros, y por tanto una llave para la reforma. Compárense LLEWELLYN, “What Price Contract? – An Essay in Perspective” (1931) 40 *Yale Law Journal*, pp. 704, 732, n. 62.

⁴⁸ En parte, como he intentado desarrollar en otro lugar (LLEWELLYN, “Legal Illusion” (1931) 31 *Columbia Law Review*, pp. 82, 87; *Prajudizienrecht U. Rechtsprechung in Amerika* (1931) &52 et seq.), porque la “certeza” perseguida se concibe verbalmente y en términos de los abogados, no fácticamente y en términos de los legos.



(i) Está la cuestión de la personalidad del juez (poco se ha intentado aún en el estudio del jurado; FRANK, *Law and the Modern Mind*, supone un comienzo). Dentro de este campo, de nuevo, las propuestas divergen. Algunos han intentado el estudio del juez particular⁴⁹, una línea que sin duda conducirá a la investigación de su condicionamiento social⁵⁰. Algunos han intentado traer diversas hipótesis psicológicas a colación⁵¹. Todo lo que ha venido a esclarecerse es que nuestro gobierno no es un gobierno de leyes, sino uno de leyes a través de hombres.

(ii) Ha habido algún intento de encontrar los diversos tipos de interacción entre los conceptos tradicionales (el equipamiento “jurídico” del juez para pensar, ver, juzgar) y las presiones fácticas de los casos⁵². Esta no es una cuestión -como la anterior- de obtener resultados sobre hechos particulares, sino de estudiar el efecto, por ejemplo, de una serie de casos en los que los hechos, bien presionan sucesivamente en la misma dirección o bien se alternan en sus presiones y se contrarrestan recíprocamente. Estrechamente relacionado en sustancia, pero completamente distinto tanto en método como en finalidad, es el estudio del mecanismo por el que las presiones fácticas pueden ser traídas a colación ante el tribunal en el marco de nuestro procedimiento⁵³.

(iii) Se han hecho los primeros esfuerzos por capitalizar la riqueza de nuestros repertorios de casos para hacer estudios cuantitativos a gran escala de hechos y resultados; la esperanza es que estos estudios permitan desarrollar líneas de predicción más seguras o, al menos, capaces de añadir más certeza a las predicciones basadas hasta ahora en el estudio intensivo de grupos más reducidos de casos. Esto representa un desarrollo más ambicioso del procedimiento descrito anteriormente, en el apartado (c); no conozco resultados publicados.

(iv) Se han realizado esfuerzos reiterados para trabajar con casos meramente estatales, para ver cuánta predictibilidad adicional podría ganarse⁵⁴.

⁴⁹ Por ejemplo, la insistencia de Powell sobre jueces particulares en sucesiones de decisiones. *Supra* nota 39; “Commerce, Congress and the Supreme Court, 1922-1925” (1926) 26 *Columbia Law Review*, pp. 369, 521; (C) “The Judiciality of Minimum Wage Legislation” (1924) 37 *Harvard Law Review*, p. 545; “The Nature of a Patent Right” (1917) 17 *Columbia Law Review*, p. 663; HAINES, “General Observations on the Effects of Personal, Political and Economic Influences in the Decisions of Judges” (1922) 17 *Illinois Law Review*, p. 96; BROWN, “Police Power – Legislation for Health and Personal Safety” (1929) 42 *Harvard Law Review*, p. 866; CUSHMAN, “The Social and Economic Interpretation of the Fourteenth Amendment” (1922) 20 *Michigan Law Review*, p. 737; FRANKFURTER y LANDIS, *The Business of the Supreme Court* (1928) y la serie suplementaria de artículos en (1928) 42 *Harvard Law Review*, p. 1; (1929) 43 *id.*, p. 1; (1930) 44 *id.*, p. 1.

Debe añadirse, especialmente, el creciente volumen de auto-revelación judicial: la obra de Cardozo; HUTCHESON, *infra* Apéndice I; la hermosa sentencia del juez Amidon en *Great Northern Ry. v. Brousseau*, 286 Fed. 414 (D. N. D. 1923); y partes de un trabajo tan temprano como YOUNG, “The Law as an Expression of Community Ideals and the Law Making Functions of Courts” (1917) 27 *Yale Law Journal*, p. 1.

⁵⁰ NELLES, “Book Review” (1931) 40 *Yale Law Journal*, p. 998.

⁵¹ Freudiana: los comienzos en FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930). Behaviorista: una tentativa en PATTERSON, “Equitable Relief for Unilateral Mistake” (1928) 28 *Columbia Law Review*, p. 859. Semi-behaviorista, via antropología cultural: MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38.

⁵² LLEWELLYN en 3 *Encyclopaedia of the Social Sciences* (1930) p. 249; LLEWELLYN, *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930); *Prajudizienrecht U. Rechtsprechung in Amerika* (1931). Compárese con POUND, “A Theory of Judicial Decision” (1923) 36 *Harvard Law Review*, pp. 641, 802, esp. 940; HENDERSON, *The Position of Foreign Corporations in American Constitutional Law* (1918); CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (1925); CORBIN, *supra* nota 37; HAINES, *supra* nota 48; BERLE, “Investors and the Revised Delaware Corporation Act” (1929) 29 *Columbia Law Review*, p. 563; FINKELSTEIN, *supra* nota 36; HAMILTON, “Judicial Tolerance of Farmers’ Cooperatives” (1929) 38 *Yale Law Journal*, p. 936; PATTERSON, *infra* Apéndice I.

⁵³ El famoso “alegato Brandeis” y sus sucesores marcan el comienzo. En casos mercantiles Alemania e Inglaterra han desarrollado mecanismos efectivos.

⁵⁴ Aquí, como en todas partes, se nota el contacto del movimiento realista con una tradición de la práctica (Derecho estatal, interés en el procedimiento, “jurisprudencia sobre automóviles” y similares,

(v) Se ha intentado el estudio de “normas sustantivas” a la luz particular de los remedios o procedimientos de reparación disponibles, con la esperanza de descubrir en el conocimiento -no expresado- del tribunal de las consecuencias inmediatas de esta o aquella norma, en el caso en cuestión, una motivación para la decisión más profunda que cualquiera de las expresadas en la sentencia⁵⁵. En relación con ello -aunque distinto- está la reafirmación del carácter fundamental del remedio y el enfoque general que reafirma “lo que el Derecho es” (desde el punto de vista de la predicción) en términos, no de derechos, sino de lo que puede hacerse: No sólo “sin remedio no hay derecho”, sino “exactamente tanto derecho como remedio”⁵⁶.

(vi) Se ha estudiado la organización de los métodos, prácticas e ideas de estos hombres sobre la materia objeto de controversia con la esperanza de que pueda conducir a unas bases nuevas o incluso definitivas⁵⁷ para la predicción. El trabajo aquí varía desde la referencia más o menos indefinida a la costumbre (la escuela histórica) o los *mores* (Corbin)⁵⁸, a través del análisis más burdo o más cuidadoso⁵⁹ de la práctica mercantil⁶⁰ y de la ideología (por ejemplo Berle, Sturges, Isaacs, Handler, Bogert, Durfee y Duffy, Breckenridge, Turner, Douglas, Shanks, Oliphant e incluso Holmes), hasta los concienzudos y minuciosos estudios en los que la práctica es mucho más tenida en cuenta que cualquier conjunto de ideas imperante sobre lo que las prácticas son (Klaus) o -incluso- los estudios en los que el propio concepto de “práctica” es desmenuzado en secuencias de conductas presentadas con cuidadosa anotación del grado de su frecuencia y repetición, en los cuales toda referencia a las ideas del agente es rechazada o excluida (Moore y Sussman). Aunque aquí los agrupamos juntos, bajo una fórmula, estos trabajadores

daños y puntos del procedimiento tratados en conjunción con el derecho sustantivo relevante, interés en los hechos y la atmósfera) que la vieja tradición académica tendía a menospreciar. Pero este progreso hacia atrás -asume esa tradición práctica y la fertiliza con el interés por la teoría, la amplitud de perspectiva y el pensamiento de altos vuelos de la antigua tradición académica. Las revistas jurídicas locales son medios interesantes para desarrollar este tipo de trabajo. Un trabajo que, prolongado en el tiempo, forzará una revisión radical del pensamiento acerca del *common law* y -cabe esperar- educará a las revistas “nacionales”. Véase también (C) KALES, “An Unsolicited Report on Legal Education” (1918) 18 *Columbia Law Review*, p. 21.

⁵⁵ Por ejemplo TULIN, *supra* nota 37; POUND, *supra* nota 51, p. 649 y ss., sobre el arte de administrar justicia en materia de daños. Y cf. el análisis de los remedios en PATTERSON, “Equitable Relief for Unilateral Mistake” (1928) 28 *Columbia Law Review*, p. 859; DURFEE y DUFFY, *supra* nota 44.

⁵⁶ Por ejemplo, KLAUS, “Identification of the Holder and Tender of Receipt on the Counter Presentation of Checks” (1929) 13 *Minnesota Law Review*, p. 281; HANDLER, “False and Misleading Advertising” (1929) 39 *Yale Law Journal*, p. 22; HANDLER y PICKETT, *supra* nota 42; cf. TULIN, *infra* Apéndice I; LLEWELLYN, *Cases and Materials on the Law of Sales*, c. III.

⁵⁷ MOORE, “An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking” (1929) 38 *Yale Law Journal*, p. 703; MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38, podría interpretarse así o, más bien, malinterpretarse. Su estudio de la conducta no está basado en una creencia de que conducirá por sí mismo a resultados definitivos; es más bien (como el programa behaviorista en psicología) un enfoque del tipo “Veamos cuán lejos podemos llegar con esto”. Y es difícil justificar una discusión con eso. Véase MOORE y SUSSMAN, *supra* nota 38, pp. 556-564, esp. 561. Y aunque se consiga la predicción, todavía resta la cuestión del “Deber ser” -si no de otra manera, al menos como una cuestión legislativa-. Compárese también L. K. FRANK, “An Institutional Analysis of the Law” (1924) 24 *Columbia Law Review*, p. 480 (un magnífico ejemplo de lo que el *outsider* puede aportar); MOORE, “Rational Basis of Legal Institutions”, *infra* Apéndice I; (C) KETCHAM, “Law as a Body of Subjective Rules” (1929) 23 *Illinois Law Review*, p. 360.

⁵⁸ Llegando a ser recientemente mucho más específica. Véase “Third Parties as Beneficiaries of Contractors’ Surety Bonds” (1928) 38 *Yale Law Journal*, p. 1.

⁵⁹ Aquí los ideales aventajan claramente a los logros doctrinales. Pero la mayoría de los académicos realistas están en su trabajo por delante de lo que han publicado. Debe notarse que el estudio sobre la quiebra empresarial de DOUGLAS, *supra* nota 36, se halla a un nivel comparable al de Klaus o Moore.

⁶⁰ O de la práctica en la administración de la justicia penal, como las estadísticas sobre criminalidad; o en materias de familia: JACOBS y ANGELL, *A Research in Family Law* (1930); POWELL y LOOKER, “Decedents’ Estates - Illumination from Probate and Tax Records” (1930) 30 *Columbia Law Review*, p. 919.



muestran diferencias en el grado y la clase de interés que tienen en los métodos precedentes, lo que les alinea de un polo a otro. El principal interés de Corbin son los casos de los tribunales de apelación; la mayoría de los mencionados en el segundo grupo confían en información semi-especial y en material muy accesible proveniente de la economía, la sociología, etc., con ocasionales y cuidadosos estudios propios, y tienen un gran interés en el trabajo de asesoramiento y de preparación de proyectos normativos; Klaus insiste en el análisis completo de toda la literatura relevante, apoyada y vista a la luz de una investigación personal intensiva; el análisis y el estudio de Moore es tan original y completo en su técnica que ofrece una contribución importante y vital a la etnología y a la sociología en materia de prácticas bancarias. Esto no es una “escuela”; aquí se hallan los gérmenes de muchas “escuelas”.

(vii) Otra línea de ataque, apenas iniciada, es la relativa al efecto del abogado sobre el resultado de los casos como un elemento a tener en cuenta para la predicción. Hasta ahora, el abogado *en el litigio* sólo ha sido objeto de comentarios esporádicos⁶¹. Se ha hecho un enfoque tentativo, de carácter general, sobre el abogado en el ámbito de los negocios: en la preparación de documentos, en el asesoramiento (y también en la constitución de prácticas y de creencias profesionales que posteriormente influyen en la acción de los tribunales) y en las estrategias de presentación de los casos en series favorables, colocando adecuadamente los casos desfavorables, etc.⁶²

Todo lo anterior se ha focalizado en cómo saber lo que harán los tribunales de apelación, por muy lejos que algún nuevo rastro pueda haber llevado a un cazador individual. Pero el interés por las *consecuencias* sobre los legos de lo que los tribunales harán nos conduce rápidamente desde esta respetable esfera tradicional de discusión jurídica hasta una serie de indagaciones posteriores cuyo decoro jurídico es más dudoso. Pronto se extiende bastante más allá de lo que en años recientes se ha entendido (con respecto a un estadio desarrollado) como Derecho. No puedo pararme a considerar estas indagaciones en detalle. La escasez de espacio obliga. Cada una de las siguientes fases podría ser, y debiera ser, desarrollada como mínimo en un simple bosquejo como el precedente. A través de cada una de ellas se continuaría dirigiendo el interés hacia lo que realmente acontece; interés en la descripción adecuada del resultado; interés por intentar, allí donde la predicción es incierta, algún ataque consciente sobre los factores escondidos cuyo estudio pudiera disminuir la incerteza; e interés en las consecuencias sobre los legos. Finalmente, la insistencia en que el juicio sobre el “Deber ser” ha de fundarse en el conocimiento. Y que la acción debe fundarse en todo el conocimiento que pueda tenerse en el momento de actuar.

I. Primero, está la cuestión de lo que los tribunales inferiores, y especialmente los tribunales de primera instancia, están haciendo, y qué relación tiene su actuación con lo que dicen y hacen los tribunales superiores y los órganos legislativos.

⁶¹ Una excepción la constituye STURGES, “Law’s Delays, Lawyers’ Delays and Forwarded Cases” (1928) 12 *Minnesota Law Review*, p. 351; cf. WICKSER, “Bar Associations” (1930) 15 *Cornell Law Quarterly*, p. 390. Sin embargo, no existe un campo más vital. Considérese simplemente el efecto de una presentación hábil o poco diestra sobre el desarrollo del Derecho jurisprudencial.

⁶² Algo de esto puede encontrarse próximamente en SANFORD, *The Unit Rule*; algo en LLEWELLYN, *Bramble Bush* (1930), cap. X; y FREDERICK, “The Trust Receipt as Security” (1922) 22 *Columbia Law Review*, pp. 395, 346, no sólo es un paso en esta secuencia sino que, especialmente en p. 409 y ss., presenta materiales y sugerencias para dicho estudio en casos de banca, y de ahí a importación, y de ahí a la línea de automóviles. Véase ISSACS, “How Lawyers Think” (1923) 23 *Columbia Law Review*, p. 555.

Aquí se ha tratado de comenzar a indagar, a encontrar algún método, algunos métodos, de acceder a los hasta ahora indisponibles hechos, a encontrar algún modo o modos significativos de clasificar lo que se hace, cuánto se tarda en hacerlo, cuántas partes distintas de la maquinaria procedimental intervienen. (Por ejemplo, Warner, Sunderland, Millar, Clark, Yntema, Marshall, Oliphant, Douglas, Arnold, Morgan, Frankfurter, Greene y Swazie). Otro ataque comienza por la investigación, no de los expedientes judiciales, sino de los procesos de fijación de los hechos y de sus efectos sobre el resultado de los casos. (Frank, Green). Esto, en el proceso civil, donde (excepto por algunas notas biográficas) hemos estado completamente a oscuras. En el proceso penal los comienzos fueron anteriores. (Pound, Frankfurter, Moley y las estadísticas sobre criminalidad, donde los abogados han recurrido a criminólogos). Todo lo que está realmente claro hasta la fecha es que, en tanto no conozcamos más, aquí nuestras “normas” no nos proporcionan ni la más remota indicación de *lo que el Derecho significa* para las personas que se encuentran en el sector de menores ingresos⁶³, y nos proporcionan indicaciones equívocas respecto del conjunto de casos no apelados. Entre tanto, se están empleando y modificando las técnicas de las ciencias sociales para hacer posible este trabajo⁶⁴.

II. *Está la cuestión de los órganos administrativos.* No solamente del Derecho administrativo (en sí mismo un concepto nuevo), sino que debe incluirse toda la acción que los agentes públicos realizan “bajo el Derecho”, en la medida en que afecte a la gente⁶⁵. Y con esto empezamos a desviarnos de la ortodoxia. Efectivamente, el abogado practicante hoy conoce su cometido en tanto conoce su tribunal. Pero este sendero le conduce hacia las regiones inexploradas del gobierno y de la política, y hacia los poco familiares acontecimientos en ambos ámbitos.

III. *Está la cuestión de la regulación legislativa* -en términos de lo que *significa en la práctica, y para quién*; no sólo en términos de lo que dice-. Y con ella, la cuestión de qué contribuye a producir el cambio legislativo -o a bloquearlo⁶⁶-, especialmente en la medida en que la profesión participa en ello; la historia legislativa que consta en las actas oficiales; pero también el trasfondo de hechos, intereses y necesidades. Y no menos vital es la indagación fáctica en aquellas áreas de la vida en que no existe ningún remedio jurídico capaz de ofrecer una solución ajustada⁶⁷.

IV. Finalmente, traspasando ahora completamente los confines del área jurídica delimitada por la tradición, está la cuestión, no de describir o predecir la acción de los agentes oficiales -sean tribunales de apelación, tribunales de primera

⁶³ Poco se ha hecho por seguir la pionera obra de SMITH, *Justice and the Poor* (1924); pero relacionado con esto se halla la creciente literatura sobre la financiación de los pobres y la obra de Bradway.

⁶⁴ Especialmente útiles son W. CLARK, DOUGLAS y THOMAS, *supra* nota 36; C. E. CLARK, “Fact Research in Law Administration”, *infra* Apéndice I.

⁶⁵ Se puede citar generalmente a Freund, Frankfurter, Henderson, Dickinson, Landis, Magill. También PATTERSON, *The Insurance Commissioner* (1927); cf. STASON, “Judicial Review of Tax Errors – Effect of Failure to Resort to Administrative Remedies” (1930) 28 *Michigan Law Review*, p. 637. Y gran parte de los estudios sobre criminalidad y del trabajo criminológico encajan aquí. Así, por ejemplo, los de Sheldon Glueck y Fosdick.

⁶⁶ Véase (C) Berle, *supra* nota 51, CHILDS, *Labor and Capital in National Politics* (1930).

⁶⁷ En general, véase Berle y Weiner en el ámbito del Derecho de la empresa; FRANKFURTER y GREENE, *The Labor Injunction* (1930); CLARK, *infra* Apéndice I; Sunderland. En resumen, ¿quién, realista o no realista, no ha tocado alguna vez los hechos y no ha encontrado ninguna solución en el Derecho jurisprudencial? Lo que el realista ofrece es sólo sed de *más* hechos, mejor agrupados, más claramente interpretados. Y *no* seleccionados (aunque sea adecuadamente) para apuntalar un argumento. Por esa razón no todo el trabajo mencionado, a pesar de su valor, puede considerarse plenamente “realista”.



instancia, legisladores, administradores- sino de describir y predecir las consecuencias de su acción sobre los legos de la comunidad⁶⁸.

El “Derecho”, sin consecuencias, se aproxima a cero en su significado. Ignorar sus consecuencias es ignorar su significado. Conocer sus consecuencias sin estudiar a las personas a quienes afecta es imposible. Aquí los precedentes de la acción judicial entran en contacto con sus resultados. Para conocer el Derecho, por tanto, para conocer *todo* lo que es necesario para juzgar o evaluar el Derecho, debemos progresar en estas áreas que tradicionalmente han sido consideradas (excepto por la escuela histórica) como no-Derecho. No sólo en lo que los tribunales hacen en lugar de lo que los tribunales dicen, sino también en qué diferencia supone para alguien lo que aquellos hacen. Y tan pronto se comienza con este estudio se advierte que no cabe hablar en general del “Derecho” ni de “la comunidad”; sino que debe averiguarse la parte específica de la comunidad que es relevante para alguna parte específica del Derecho. Hay personas que se pretende que se vean afectadas y personas que no se pretende que se vean afectadas. Entre las primeras, algunas no llegan a verse de hecho afectadas materialmente (el feudo de un gangster); entre las últimas, algunas sí se ven (los impositores de un banco quebrado que las leyes bancarias *no* han regulado)⁶⁹. Aquí está el abanico de cuestiones relativas a aquellos “útiles mecanismos” jurídicos (corporación⁷⁰, contrato, *leasing*) diseñados

⁶⁸ Cito a Felix Cohen: “En el análisis económico de las normas y las teorías judiciales se ha hecho un trabajo muy valioso por parte de Hale, Bonbright, Richberg, Henderson, Julius Cohen, Goddard y Weiner, particularmente en el campo de la evaluación de los servicios públicos. Aparte de esto, sólo existe la llamada en favor de los hechos, por ejemplo, WEINER, “Payment of Dissenting Stockholders” (1927) 27 *Columbia Law Review*, p. 547”. Excepto en que el “aparte de esto” llega varias líneas demasiado pronto, estoy de acuerdo *in toto*. En cuanto al punto de diferencia, antes incluso de que abra los libros para buscar, pienso, por ejemplo en Breckenridge, J. M. Clark, J. R. Commons, Douglas, Fredericks, Herman Finkelstein, Handler, Kidd, Klaus, Patterson, Radin, Ripley, Roscoe Turner, Vold y Wilbert Ward, todos ellos (salvo Clark y Commons) en relación a su trabajo dentro del campo del Derecho mercantil privado.

Creo que este tipo de análisis está en auge. Comparando, por ejemplo, los vols. 14-16 con los vols. 4-6 de *Cornell Law Quarterly*, y los vols. 27-29 con los vols. 17-19 de *Michigan Law Review*, se ve que tanto las referencias a los hechos como los análisis de los efectos de las normas de Derecho privado son cada vez más importantes, no tanto en frecuencia como en alcance, cuidado y objetividad, así como en integración en la estructura esencial de los trabajos. (En el Derecho público el material anterior a menudo rivaliza con el reciente; el ímpetu fáctico se desarrolló aquí antes). Notable entre el material más temprano es ROGERS, “An Account of Some Psychological Experiments on the Subject of Trade-Mark Infringement” (1919) 18 *Michigan Law Review*, p. 75; pero tal vez incluso más notable es que en el reciente BILLIG, “What Price Bankruptcy: A Plea for Friendly Adjustment” (1929) 14 *Cornell Law Quarterly*, p. 413 (y compárese con BILLIG, “Extra-Judicial Administration of Insolvent Estates: A Study of Recent Cases” (1930) 78 *U. of Pa. L. Rev.*, p. 293), utilizando estadísticas y un enfoque más sistemático sobre los hechos y los efectos, el autor no se halla sólo sino que suscita una inmediata y competente discusión de sus *datos*, no sólo de sus conclusiones; GAMER, “On Comparing “Friendly Adjustment” and Bankruptcy” (1930) 16 *Cornell Law Quarterly*, p. 35. La discusión competente es al simple estudio lo mismo que la incorporación de una nueva herramienta metódica en el equipo de trabajo estándar del pensador es a la nueva percepción que se tuvo una vez y después fue olvidada. Compárese mi propia utilización de la distribución de riesgos tan pronto como en 1920, “Implied Warranties of Wholesomeness Again” (1920) 29 *Yale Law Journal*, p. 782, con su total omisión en 1922 en un problema que pedía a gritos su utilización (“Certified Altered Checks Under the Negotiable Instruments Law” (1922) 31 *id.*, p. 522) y su rechazo en dos trabajos de 1923, ambos en campos en los que produce resultados. “Supervening Impossibility of Performing Conditions Precedent in the Law of Negotiable Paper” (1923) 23 *Columbia Law Review*, p. 142; “C. I. F. Contracts in American Law” (1923) 32 *Yale Law Journal*, p. 711. En resumen, yo no *tenía* la idea en 1920; la *había tenido* entonces una vez. Contrasta con su consistente utilización, siempre que prometía auxilio, desde 1925. Es la cada vez mayor *normalidad* de la apelación a los hechos y de su utilización crítica lo que marca la introducción de este aspecto del realismo en la literatura.

⁶⁹ Más desarrollado en LLEWELLYN, “Law Observance and Law Enforcement”, *infra* Apéndice I.

⁷⁰ Aquí la literatura es extensa. Particularmente notable es WEINER, “Conflicting Functions of the Upset Price in a Corporate Reorganization” (1927) 27 *Columbia Law Review*, p. 132; DOUGLAS y SHANKS, “Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations” (1930) 39 *Yale Law Journal*, p. 193;

para facilitar que los hombres lleguen donde quieren y consigan lo que quieren. Está toda la información que los científicos sociales han recopilado, lista para ser investigada en su relación con el Derecho. Y está toda la información que aquellos no han estado interesados en reunir, que también debe ser investigada, aunque primero debe recopilarse.

Estas son las materias que uno u otro de los nuevos agitadores están trabajando. Incluso las superficiales citas hechas aquí bastan para dejar claro que sus líneas de trabajo componen curiosamente un todo.

Pero de nuevo se suscita la pregunta: ¿son estas materias *nuevas*? ¿Qué realista sabe tan poco del Derecho o de las sendas del pensamiento humano para tener tal pretensión? ¿Cuál de estas investigaciones no ha sido hecha, o iniciada, o bosquejada en el pasado? ¿Cuál de esas técnicas no descansa en nuestra cultura previa? Nueva, repito, sólo es una cosa: el esfuerzo *sistemático* por abordar un problema, por abordar una sucesión de problemas, por escoger *consistentemente*, no ocasionalmente, la mejor técnica disponible, por mantener *consistentemente* la descripción en el nivel descriptivo, por distinguir *consistentemente* las bases fácticas que fundamentarán la evaluación de la propia evaluación posterior, por buscar *consistentemente todos* los datos relevantes que puedan encontrarse para *añadirse* a la azarosa experiencia vital individual, para *añadirse* al sentido común general.

¿No resulta obvio que -si esto es el realismo- el realismo es un conjunto de tendencias en el pensamiento y el trabajo jurídico? (1) Tienen su núcleo común, presente en alguna medida dondequiera que se haga un trabajo realista: reconocimiento del Derecho como un medio, reconocimiento del cambio en la sociedad como un factor que exige el cambio en el Derecho, interés por lo que ocurre, interés en las consecuencias, reconocimiento de la necesidad del esfuerzo por mantener la percepción de los hechos incontaminada por los propios puntos de vista sobre el “Deber ser”; desconfianza en la capacidad del conjunto recibido de conceptos y normas para describir adecuadamente lo que está ocurriendo en los tribunales; propuesta de hacer más restringidas las categorías descriptivas. (2) Han surgido del estudio de la acción de los tribunales de apelación y ese estudio sigue siendo todavía un estímulo potente. La incerteza en la acción de estos tribunales es un problema principal: encontrar el por qué de esa incerteza; encontrar los medios para reducirla, donde precise reducción; encontrar dónde necesita reducción y dónde expansión. (3) Pero el fermento de la investigación se expande hacia el trabajo de los tribunales inferiores, de los órganos administrativos, de los órganos legislativos, de la vida que se halla más allá y más acá del Derecho.

Una u otra de estas tendencias realistas ocupa todo el tiempo de muchos; un centenar más participan de ellas también en diverso grado, aunque despreciarían la etiqueta de “realistas”. Las tendencias no se centran en ningún hombre, en ningún grupo coherente. No hay líder. Los portavoces se nombran a sí mismos. No hablan por el todo sino por el trabajo con el que cada uno está comprometido; en ocasiones con poca o ninguna conciencia del todo, en ocasiones con la exageración propia de la controversia o la innovación. Pero ¿quién podría conocer mejor que los abogados la exageración propia de la controversia? ¿quién podría tener más destreza que ellos para distinguir el razonamiento del *dictum* en el caso particular y para interpretarlo a su luz? Leyéndolos así, se encontrarán pocas cosas dichas por los realistas que no merezcan una cuidadosa reflexión. Ciertamente, tras una reflexión *cuidadosa*, se encontrará poca exageración en sus escritos. Entre tanto, está la prueba ordinaria: ¿hay resultados?

POSNER, “Liability of the Trustee Under the Corporate Indenture” (1928) 42 *Harvard Law Review*, p. 198; BERLE, “Corporate Powers as Powers in Trust” (1931) 44 *Harvard Law Review*, p. 1049.



Los hay. Hay resultados, en primer lugar, en el campo de la sociología descriptiva del Derecho tratada hasta ahora. Hay importantes resultados relevantes para atacar el campo del “Deber ser”: bien lo que los tribunales deben hacer con las normas existentes, bien qué cambios normativos se precisan.

Tenemos ya una serie, que se está ampliando extraordinariamente, de *reformulaciones más precisas* de lo que los tribunales de apelación están haciendo y de lo que puede esperarse que hagan. Estamos haciendo progresos para *ver* (no sólo “conocer”, sin investigación) qué consecuencias tienen sus acciones sobre algunas de las personas interesadas. Estamos acumulando algún *conocimiento* (es decir, más que conjeturas) sobre los aspectos de nuestra vida en los que nuestro Derecho parece estar fuera de onda.

Tenemos, además, un primer ataque sobre el dominio de lo impredecible en las acciones de los tribunales. Ese ataque sugiere firmemente que un elemento importante en lo ahora incalculable es la pretensión o creencia tradicional (en ocasiones la una, en ocasiones la otra) de que no existe tal área de incertidumbre, o que es mucho más reducida de lo que realmente es. *Reconocer* que hay límites en la certeza perseguida a través del verbalismo y la deducción, tratar de definir esos límites, es abrir la puerta a ese otro y bastante más útil proceso judicial: la búsqueda *consciente, dentro de los límites marcados por los precedentes y la legislación*, de la decisión acertada. Puede esperarse que las decisiones así alcanzadas, *dentro de esos límites*, sean sin duda bastante más predecibles de lo que son las actuales decisiones, puesto que ahora nadie puede decir cuándo el tribunal buscará, o cuándo no, la decisión acertada, ya que la búsqueda se esconde bajo las palabras. Y no sólo más predecibles, sino -lo que no es ni un ápice menos importante- más justas y acertadas (o más frecuentemente justas y acertadas).

Ciertamente, el resultado más fascinante del esfuerzo realista parece ser un retorno desde los tribunales de primera instancia o las costumbres de los legos al problema -pero ahora vaciado de tradición- de la jurisprudencia de los tribunales de apelación. Criticados por quienes rehúsan desenmarañar el “Ser” y el “Deber ser” a causa de su supuestamente deliberado descuido del aspecto normativo del Derecho, los realistas demuestran el valor que tiene, para lo normativo, dejar de lado temporalmente lo normativo. Vuelven de su excursión por la más pura descripción que pueden llevar a cabo con la demostración de que el campo de libre juego para el “Deber ser” en los tribunales de apelación es inmensamente más amplio de lo que el pensamiento normativo tradicional había dado por sentado. Esto, *dentro* de los confines de los precedentes tal como están funcionando, *dentro* de los límites y sobre las bases de nuestro orden actual. Dejarme resumir los puntos del alegato:

(a) Si la deducción no resuelve casos sino que únicamente muestra los efectos de una premisa dada, y si existe otra premisa en competencia con la misma autoridad que conduce a una conclusión diferente, entonces hay una elección en el caso; una elección que debe justificarse; una elección que puede justificarse *sólo* como una cuestión de política jurídica; y la tradición habla con una lengua bífida⁷¹.

(b) Si (i) las posibles inducciones de un caso o de una serie de casos -incluso si estos casos realmente tuvieran cada uno de ellos un único significado- no son una

⁷¹ Cf. RADIN, “The Theory of Judicial decision: or How judges Think”; COOK, “The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems”; LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, cap. IV,V; FRANK, *Law and the Modern Mind*; GREEN, *Judge and Jury*; CORBIN, “Contracts for the Benefit of Third Persons”, POWELL, “The Logic and Rhetoric of Constitutional Law”, todos *infra* Apéndice I. Véase también RADIN, *supra* nota 36; (C) DICKINSON, “The Law Behind Law” (1929) 29 *Columbia Law Review*, pp. 113, 285, 296-299; BROWN, *supra* nota 36; WAITE, “Caveat Emptor and the Judicial Process” (1925) 25 *Columbia Law Review*, p. 129.

sino muchas; y si (ii) las técnicas estándar⁷² de manejo de los precedentes van desde limitar estrictamente el alcance del caso a sus hechos y procedimiento, buscando incluso en el expediente un hecho distintivo escondido, hasta darlo el más amplio significado que permita la norma expresada en el mismo, o incluso extraer un principio que ni siquiera fue declarado en la decisión; entonces la libertad de acción existente en la *interpretación del precedente* es (con relación a lo que la vieja tradición ha *conscientemente* concebido) cuanto menos enorme. Y sólo las consideraciones de política jurídica y el afrontar dichas consideraciones puede justificar “interpretar” (realizar, moldear, extraer conclusiones de) el conjunto de precedentes relevantes de una u otra manera. Y -esto es la esencia de todo- el *stare decisis* ha sido en el pasado, es hoy, y debe continuar siendo, una norma de cambio y un medio de cambio tanto como una norma de estabilidad y un medio de estabilidad⁷³. *El crecimiento del pasado se ha logrado apoyándose en los casos decididos*, rara vez invalidándolos. Reconozcamos esto, y podrá verse claramente que el precedente es un medio para el cambio tanto como un medio para rehusar cambiar. Reconozcamos esto, y esa peculiar manera de trabajar con el precedente que consiste en cerrar los ojos a cuestiones de política jurídica perderá la falsa santidad con la que ahora está investida *parte del tiempo*: esto es, siempre que los jueces, por cualquier razón, no quieren considerar la política jurídica.

(c) Si la clasificación de los hechos brutos es en gran parte un proceso arbitrario, existiendo en la mayoría de los casos dudosos la posibilidad de clasificarlos de diversas maneras, la “certeza”, incluso bajo el puro pensamiento deductivo, no tiene el significado que la gente que desea la certeza en el Derecho está buscando. La búsqueda de esta certeza irreal, esta certeza inalcanzable, es la principal razón de la abnegada resolución de los jueces: su rechazo a mirar, más allá de las palabras, a las cosas. Hagámosles ver que la “certeza” así conseguida es *incerteza* para el lego no-tutelado-jurídicamente en su vida y en sus relaciones, y que está abierto el camino para que el *lego* alcance certeza a través del Derecho, buscando el resultado justo o acertado, en la medida en que el precedente y las leyes hacen que ese resultado sea *posible*. Ver el problema así es también abrir el camino al discernimiento consciente, por ejemplo, entre los tratos comerciales corrientes y la preparación de escrituras de traspaso: mientras en esta última operación la peculiar confianza del abogado en las fórmulas permite que se dé por supuesta su validez, en los primeros debe demostrarse la existencia de una causa para hacer tal asunción.

Así, como varios de los auto-denominados portavoces realistas han estado vociferando, el divorcio temporal entre el “Ser” y el “Deber ser” proporciona, cuando éstos vuelven a encontrarse, una mirada más aguda, un equipamiento más completo, un juicio más fundado; incluso un alcance más amplio para el Derecho jurisprudencial, que la tradición ha descrito como típicamente dominado por el pasado. Y en el campo de los hechos, en cuanto a las cuestiones típicas, está demostrado que este divorcio temporal ofrece resultados no menos gratificantes.

Cuando se suscita la cuestión del *programa en el aspecto normativo*, la respuesta es: *no hay ninguno*. Se advierte una similitud de métodos al abordar las cuestiones de “Deber ser”. Si, más allá de eso, hay líneas generales de amplio acuerdo, apenas son suficientemente específicas para significar algo sobre

⁷² No me refiero a aquellas aprobadas por los académicos sino a aquellas *utilizadas* por los tribunales al tratar con los precedentes autoritativos. Sobre ésta y otras materias, las normas de los académicos deben sujetarse a la comprobación fáctica -aquí, de lo que los tribunales hacen. Véase LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (1930) cap. IV. Contrástese con GOODHART, “Determining the Ratio Decidendi of a Case” (1930) 40 *Yale Law Journal*, p. 161.

⁷³ Véase especialmente CORBIN, “The Law and the Judges; Contracts for the Benefit of Third Persons”; LLEWELLYN, “Legal Tradition and Social Science Method”; TULLIN, todos *infra* Apéndice I.



cualquier tema determinado. En parte, esto deriva de las diferencias en temperamento y perspectiva. En parte, deriva de la ausencia total de organización o del deseo de constituir una escuela entre los hombres implicados. Pero en parte se debe a la variedad del trabajo acometido. Los abogados mercantiles tienen algunas cuestiones de “Deber ser” favoritas, cada uno de ellos en la materia con la que se ha familiarizado; lo mismo sucede con los abogados especialistas en responsabilidad civil en su campo; con los abogados públicos en el Derecho público. Y así sucesivamente. También, en parte, la ausencia de un acuerdo programático deriva del tiempo y el esfuerzo consumido en acceder a los hechos, ya sean los hechos estrictamente jurídicos o los hechos “externos” que inciden en el Derecho. Los intereses especializados propician la ausencia de un programa de grupo. Sin embargo, se pueden aventurar algunos puntos de vista generales:

(1) Existe un acuerdo bastante general sobre la importancia del personal, y de la organización del tribunal, como un factor esencial para hacer que las normas tengan significado. Esto tanto respecto de los que deciden los hechos como de los que deciden el Derecho. Hay también una tendencia a instar la especialización de los tribunales.

(2) Hay un acuerdo muy general sobre la necesidad de que los tribunales afronten directamente las cuestiones de política jurídica en sus casos y utilicen todo el margen de libertad que el precedente les permite para alcanzar las conclusiones que parecen indicadas. Hay un acuerdo bastante general en que las consecuencias de las normas, en la medida en que sean conocidas, deben ser tomadas en cuenta para la creación o la remodelación de las normas. Hay un acuerdo bastante general en que necesitamos mejorar la maquinaria para hacer que los hechos sobre tales consecuencias -o sobre las necesidades y las condiciones afectadas por una decisión- sean accesibles a los tribunales.

(3) Hay una fuerte tendencia a pensar que es mejor reducir que ampliar las categorías en las que se presentan los conceptos y las normas *sobre la función de juzgar o para juzgar*.

(4) Hay una fuerte tendencia a abordar la mayoría de los problemas jurídicos como problemas de distribución de riesgos⁷⁴ y, hasta donde sea posible, como problemas de reducción de riesgos, y de este modo insistir en las consecuencias de las normas no sólo sobre las partes que están ante el tribunal sino sobre las que no están suficientemente representadas por las partes que están ante el tribunal. A abordar no sólo las cuestiones de responsabilidad civil sino también las mercantiles, en una palabra, como cuestiones de política jurídica *general*.

Y termino como empecé. ¿Qué hay de novedoso aquí?⁷⁵ En las ideas, nada. En el esfuerzo sostenido por hacer fructíferas unas u otras de ellas, mucho. En la reducción del alcance de las categorías fácticas y la ampliación del dominio de la

⁷⁴ Por ejemplo PATTERSON, “The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices”; DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”, ambos *infra* Apéndice I. Véase también ISAACS, *supra* nota 61. Contrástese BRECKENRIDGE y LLEWELLYN (1922) 31 *Yale Law Journal*, p. 522 con BRECKENRIDGE, “The Negotiability of Postdated Checks” (1929) 38 *Yale Law Journal*, p. 1063 y LLEWELLYN, *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930). O el trabajo anterior de CORBIN con su artículo *supra* nota 57. Compárese el trabajo de Green, Y. B. Smith, Turner, Weiner; BRANNAN, *Negotiable Instruments Law* (Chafee’s ed. 1926), p. 572; la concepción de Clark de los impedimentos procesales. *Code Pleading* (1928); Holmes, como es habitual, marca la pauta. *The Common Law* (1881) caps. VIII y IX.

⁷⁵ Afirma Felix Cohen: “Se puede citar a Pound en favor de todos los puntos de la plataforma realista -y contra muchos de ellos”. Hablando de memoria, respaldaría esta afirmación (¿excepto por lo relativo a la rigurosa separación temporal del “Ser” y el “Deber ser”?). Pero también es probablemente verdad (tal vez en menor grado, porque han escrito menos) de la mayoría de los realistas que no fueron preparados e incubados por otros realistas. Por fortuna, el mundo en el que vivimos no es estático ni, al igual que la gente que lo habita, demasiado coherente.

indagación fáctica, mucho. En la técnica disponible, mucho -en favor de los abogados-. Pero hágase notar esto, puesto que el resumen se refiere en gran parte al aspecto puramente descriptivo: cuando los escritores de inclinación realista están escribiendo en general, necesitan enfatizar la necesidad de una descripción más precisa del “Ser”, no del “Deber ser”. Allí reposa el fundamento *común* de su pensamiento; allí se ubica el área del nuevo y sorprendente desarrollo. Allí está el punto de buen juicio que deben subrayar. Para tener perspectiva sobre su posición acerca de cuestiones éticamente normativas debe tomarse el trabajo de cada hombre en su campo específico de trabajo. No se encontrará allí falta de interés o de esfuerzo por la mejora del Derecho. No existe acuerdo, sin embargo, acerca de si, en algún punto *determinado* de nuestro Derecho, es preciso el cambio y, si es así, acerca de cuánto cambio y en qué dirección. ¿Por qué debería haberlo? Estos realistas no tienen una filosofía o un programa *de grupo*, ni un credo *de grupo* sobre el bienestar social. No son un grupo.



APÉNDICE I

BIBLIOGRAFÍA: LA LITERATURA EXAMINADA PARA EL TEST

BINGHAM, W.: "What is the Law?" (1912) 11 *Mich. L. Rev.*, 1; "Science and the Law" (1913) 25 *Green Bag*, 162; "Legal Philosophy and the Law" (1914) 9 *Ill. L. Rev.*, 98; "The Nature and Importance of Legal Possession" (1915) 13 *Mich. L. Rev.*, 535.

CLARK, C. E.: "Relations, Legal and Other" (1922) 5 *Ill. L. J.*, 26; "The Code Cause of Action" (1924) 33 *Yale L. J.*, 817; "Fact Research in Law Administration" (1928) 2 *Conn. Bar J.*, 211; "New Types of Legal Research" (June 30, 1929) *Buffalo Daily L. J.*; "Some of the Facts of Law Administration in Connecticut" (1929) 3 *Conn. Bar J.*, 161; "Methods of Legal Reform" (1929) 36 *W. Va. L. Q.*, 106; "Legal Education and Research at Yale" (March 7, 1930) *Yale Alum. Weekly*; "Present Status of Judicial Statistics" (Oct. 1930) 14 *J. Am. Jud. Soc.*, 84.

COOK, W. W.: "The Alienability of Choses in Action" (1916) 29 *Harv. L. Rev.*, 816; "The Alienability of Choses in Action: A Reply to Professor Williston" (1917) 30 *id.*, 449; "Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life" (1918) 27 *Yale L. J.*, 779; "Hohfeld's Contributions to the Science of Law" (1919) 28 *id.*, 721; "The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems", in *5 Lectures on Legal Topics*, Association of the Bar of the City of New York (1923-24) 335; "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws" (1924) 33 *Yale L. J.*, 457; "Scientific Method and the Law" (1927) 15 *Johns Hop. Alum. Mag.*, 213; "The Jurisdiction of Sovereign States and the Conflict of Laws" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 368; Book Review (1931) 31 *id.*, 725.

CORBIN, A. L.: "The Law and the Judges" (New ser. 1914) 3 *Yale Rev.* 234; "Legal Analysis and Terminology" (1919) 29 *Yale L. J.*, 63; "Jural Relations and Their Classification" (1921) 30 *Yale L. J.*, 226; "Democracy and Education for the Bar" (1921) 19 *Proc. Am. L. S. Ass'n*, 143; Book Review (1928) 38 *Yale L. J.*, 270; "Third Parties as Beneficiaries of Contractors' Surety Bonds" (1928) 38 *id.*, 1; "The Restatement of the Common Law by the American Law Institute" (1929) 15 *Iowa L. Rev.*, 19; "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930) 46 *L. Q. Rev.*, 12.

DOUGLAS, W. O.: "Vicarious Liability and Administration of Risk" (1929) 38 *Yale L. J.*, 584, 720; (with C. M. Shanks) "Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations" (1929) 39 *Yale L. J.*, 193; (with Wm. Clark and D. S. Thomas) "The Business Failures Project - A Problem in Methodology" (1930) 39 *Yale L. J.*, 1013.

FRANCIS, J.: "Domicil of a Corporation" (1929) 38 *Yale L. J.*, 335.

FRANK, J.: *Law and the Modern Mind* (1930); Book Review (1931) 40 *Yale L. J.*

GREEN, L.: Book Review (1929) 38 *Yale L. J.*, 402. *Judge and Jury* (1930).

HUTCHESON, Jr., J. C.: "The Judgment Intuitive - The Function of the „Hunch“ in Judicial Decision" (1929) 14 *Corn. L. Q.*, 274.

KLAUS, S.: "Sale, Agency and Price Maintenance" (1928) 28 *Col. L. Rev.* 312, 441; Book Review (1928) 28 *id.*, 991; "Identification of the Holder and Tender of Receipt on the Counter Presentation of Checks" (1929) 13 *Minn. L. Rev.*, 281; Introduction to *Ex Parte Milligan* (1929); Introduction to *People v. Molineux* (1929); Book Review (1930) 30 *Col. L. Rev.*, 1220.

LLEWELLYN, K. N.: "Free Speech in Time of Peace" (1920) 29 *Yale L. J.*, 337; "Implied Warranties of Wholesomeness Again" (1920) 29 *id.*, 782; "C. I. F. Contracts in American Law" (1923) 32 *id.*, 711; "The Effect of Legal Institutions on Economics" (1925) 15 *Am. Econ. Rev.*, 665; Book Review (1926) 40 *Harv. L. Rev.* 142; "Law Observance and Law Enforcement", *Proceedings National Conference Social Work* (1928) 127; "A Realistic Jurisprudence -The Next Step" (1930) 30 *Col. L. Rev.*, 431; "The Conditions for and the Aims and Methods of Legal Research" (1930) *Am. L. S. Rev.*; *Cases and Materials on the Law of Sales* (1930); *The Bramble Bush* (1930); "Law and the Modern Mind: A Symposium: Legal Illusion" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 82; "What Price Contract? - An Essay in Perspective" (1931) 40 *Yale L. J.*, 704; "Legal Tradition and Social Science Method" in *Essays on Research in the Social Sciences* (1931).

LORENZEN, E. G.: "The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws - Meaning of „the Law of a Country“" (1918) 27 *Yale L. J.*, 509; "Causa and Consideration in the Law of Contracts" (1919) 28 *id.*, 621; "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws" (1920) 20 *Col. L. Rev.*, 247; "The Statute of Frauds and the Conflict of Laws" (1923) 32 *Yale L. J.*, 311; "Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws" (1924) 33 *id.*, 736.

MOORE, U.: "Rational Basis of Legal Institutions" (1923) 23 *Col. L. Rev.*, 609; (with Hope) "An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking" (1929) 38 *Yale L. J.*, 703; (with Sussman) "Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts" (1931) 40 *id.*, 381, 555, 752, 928.

OLIPHANT, H.: "Mutuality of Obligation in Bilateral Contracts at Law" (1925) 25 *Col. L. Rev.*, 705; (1928) 28 *id.*, 997; "Trade Associations and the Law" (1926) 26 *id.*, 381; "A Return to Stare Decisis" (1928) 14 *A. B. A. J.*, 71, 159; (with Hewitt) "Introduction" to RUEFF, *From the Physical to the Social Sciences* (1929).

PATTERSON, E. W.: "The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices" (1924) 24 *Col. L. Rev.*, 335; "Equitable Relief for Unilateral Mistake" (1928) 28 *id.*, 859; "The Transfer of Insured Property in German and in American Law" (1929) 29 *id.*, 691; "Can Law be Scientific?" (1930) 25 *Ill. L. Rev.*, 121; (with McIntyre) "Unsecured Creditors' Insurance" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 212; "Hedging and Wagering on Produce Exchanges" (1931) 40 *Yale L. J.*, 843.



POWELL, T. R.: "The Study of Moral Judgments by the Case Method" (1913) 10 *J. Phil. Psych.*, 484; "Law as a University Study" (1917) 19 *Col. U. Q.*, 106; "Law as a Cultural Study" (1917) 4 *Am. L. S. Rev.*, 330; "The Nature of a Patent Right" (1917) 17 *Col. L. Rev.*, 663; "The Logic and Rhetoric of Constitutional Law" (1918) 15 *J. Phil. Psych.*, 645; "The Changing Law of Foreign Corporations" (1918) 33 *Pol. Sci. Q.*, 549; "How Philosophers May be Useful to Society" (1921) 31 *Int. J. Ethics*, 289; "The Business Situs of Credits" (1922) 28 *W. Va. L. Q.*, 89; "An Imaginary Judicial Opinion" (1931) 44 *Harv. L. Rev.*, 889.

RADIN, M.: "The Disseisin of Chattels: The Title of a Thief" (1923) 11 *Calif. L. Rev.*, 259; "The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think" (1925) 11 *A. B. A. J.*, 357; "Scientific Method and the Law" (1931) 19 *Calif. L. Rev.*, 164; "Legal Realism" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 824.

STURGES, W. A.: "Unincorporated Associations as Parties to Actions" (1924) 33 *Yale L. J.*, 383; "Commercial Arbitration or Court Application of Common Law Rules of Marketing" (1925) 34 *id.*, 480; Book Review (1926) 35 *id.*, 776; Book Review (1927) 40 *Harv. L. Rev.*, 510; (with S. O. Clark) "Legal Theory and Real Property Mortgages" (1928) 37 *Yale L. J.*, 691.

TULIN, L. A.: "The Role of Penalties in Criminal Law" (1928) 37 *Yale L. J.*, 1048.

YNTEMA, H. E.: "The Hornbook Method and the Conflict of Laws" (1928) 37 *Yale L. J.*, 468; Book Review (1929) 39 *id.*, 140; "The Purview of Research in the Administration of Justice" (1931) 16 *Iowa L. Rev.*, 337; "Mr. Justice Holmes' View of Legal Science" (1931) 40 *Yale L. J.*, 696; "The Rational Basis of Legal Science" (1931) 31 *Col. L. Rev.*, 925.

APÉNDICE II

RESULTADOS DETALLADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Este apéndice incluye los resultados de la investigación relativos únicamente a los puntos 1, 10 y 11. También se recopiló y presentó un informe similar al del punto 11 (es decir, incluyendo citas detalladas) respecto de los otros diez puntos. Desafortunadamente, el espacio reservado a petición del autor fue insuficiente para permitir su publicación. La parte que se ha incluido fue seleccionada a sugerencia del autor con el fin de ejemplificar el método de investigación. Los datos completos de las obras citadas se encuentran en el Apéndice I.

Tal como está publicado, el trabajo, gracias a la cortesía del editor, ya excede materialmente el espacio que solicité. La elección de los puntos 1 y 10 vino determinada por su relativa brevedad; la del punto 11 por su importancia y carácter representativo. Los resultados que no han sido publicados se hallan a disposición de cualquier persona que esté interesada en obtenerlos.

Punto 1

Pound, *supra* nota 1, pp. 704-705: "Otro modo de aproximación a la ciencia jurídica, *considerado a menudo como la única vía hacia la realidad*, es el psicológico. *La explicación psicológica del papel de la razón en la conducta humana, del nivel al que las supuestas razones vienen después de la acción como explicaciones en lugar de antes de la acción como factores determinantes de la misma, ha causado una profunda impresión sobre la naciente generación de juristas*" (La cursiva es nuestra).

Pound, *supra* nota 1, p. 706: "Tampoco el neo-realismo psicológico actual se halla completamente liberado del dogmatismo *apriorístico* que reprocha a otros tipos anteriores de pensamiento jurídico. *En gran parte consiste en exponer lo que se considera que debe ser el curso de la acción judicial o del pensamiento jurídico a la luz de alguna teoría psicológica actual, más que en investigar la experiencia judicial registrada y su desarrollo jurídico para ver lo que revelan*" (La cursiva es nuestra)

Interpretación. No sabemos lo que estos fragmentos quieren decir exactamente. Tomamos, sin embargo, algunos elementos bastante claros: (1) La naciente generación de juristas está profundamente impresionada por la teoría de la racionalización. (2) *La teoría es ampliamente aceptada a priori y no se halla confirmada por la investigación de la experiencia judicial registrada.*

Está claro que la teoría de la racionalización se utiliza ampliamente. Nuestra evidencia se centra en la proposición (2): la falta de verificación de esa teoría por la investigación o su aceptación dogmática. Citamos ejemplos pertinentes donde los autores que han escrito sobre racionalización publican alguna investigación sobre la experiencia judicial registrada y lo que ésta revela. Las citas en paréntesis son de exposiciones teóricas del proceso de decisión que siguen líneas análogas a la teoría de la racionalización.

BINGHAM, W.: (todas las obras citadas); *no encontrada ninguna.*

COOK, W. W.: ("Scientific Method and the Law", 231); "Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life"; "The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws", 470 y ss.; cf. "The Utility of Jurisprudence in the Solution of Legal Problems".

CORBIN, A. L.: ("The Law and the Judges"); "Contracts for the Benefit of Third Persons".



FRANCIS, J.: (“Domicil of a Corporation”, 355 y ss.); *no encontrada ninguna*.

FRANK, J.: (*Law and the Modern Mind*, c. III; 104-105, y a través de toda la obra) véase *ibid.*, 110, 144-147, 170-201, solicitando tal verificación; y c. XII, iniciando una investigación.

GREEN, L.: (*Judge and Jury, passim*); *ibid. passim*.

HUTCHESON, J. C.: (“The Judgment Intuitive – The Function of the “Hunch” in Judicial Decisions”); *ibid. passim*.

KLAUS, S.: (Introducción a *Ex Parte Mulligan*, 54 y ss.); “Sale, Agency and Price Maintenance”.

LLEWELLYN, K. N.: (*The Bramble Bush*, cc. II-V); *Cases and Materials on the Law of Sales*, 336, 341-342, 573; *Präjudizienrecht u. Rechtsprechung in Amerika*.

MOORE, U.: (with SUSSMAN, “Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts”, 561, 566-567); *ibid.*, 381 y ss.

OLIPHANT, H.: (con HEWITT, Introducción a RUEFF, “From the Physical to the Social Sciences”); “Trade Associations and the Law”.

PATTERSON, E. W.: (“Can Law Be Scientific?”, 135); “The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices”; “Hedging and Wagering on Produce Exchanges”.

POWELL, T. R.: (“The Logic and Rhetoric of Constitutional Law”, *passim*); “The Business Situs of Credits”.

RADIN, M.: (“The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think”); “Statutory Interpretation” (1930) 43 *Harvard Law Review*, 863.

STURGES, W. A.: (“Unincorporated Associations as Parties to Actions” 397); *ibid.*; con S. O. CLARK, “Legal Theory and Real Property Mortgages”.

TULIN, L. A.: (“The Role of Penalties in Criminal Law”, 1059), pero el trabajo en sí mismo construye el fundamento.

YNTEMA, H. E.: (“The Hornbook Method an the Conflict of Laws”, 480 y ss.); *no encontrada ninguna*; el *Ohio Study* puede considerarse pertinente.

Además, anotamos como estudios pertinentes: DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”; LORENZEN, “Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws”, aunque no se ha encontrado ninguna discusión teórica sobre el proceso judicial en estos autores. No recordamos nada por parte de Clark en estos campos; él ha trabajado en ambos.

RESUMEN: (a) Favorables: tal vez Bingham, Francis, Yntema: 3; (b) Dudosos: ninguno; (c) En contra: 16; (d) No hallada evidencia: 1.

Punto 10

POUND, *supra* nota 1, 708: “Muchos de los nuevos realistas jurídicos conciben el Derecho como *un conjunto de instrumentos que sirven los propósitos de los negocios, y no como un conjunto de medios dirigidos a la consecución de objetivos sociales*. Ponen *todo el énfasis* en las exigencias de una de las fases del orden económico. Para ellos, el *rasgo significativo* del Derecho es el de un conjunto de instrumentos que posibilita que se logren ciertos fines en el ámbito de los negocios y la industria. *Nos dan una versión jurídica de lo que yo he llamado la actitud empresarial ante el Derecho...* este programa de medios para posibilitar que

las organizaciones mercantiles funcionen y los planes de negocios progresen”. (Las cursivas son nuestras).

Interpretación. Entendemos que este fragmento atribuye a muchos realistas (1) un interés exclusivo por los aspectos mercantiles del Derecho; (2) ese interés es contemplado desde el punto de vista del empresario, no desde el punto de vista de la sociedad como un todo.

Encontraremos elementos de negación (a) en intereses no empresariales; (b) en un interés por los problemas empresariales o industriales desde el ángulo de la política social y en la crítica del Derecho con vistas a conseguir que los negocios y la industria sirvan necesidades generales. En el grupo que examinamos dejamos de lado a los abogados no mercantiles, que no son contemplados: Bingham, Clark, Cook, Green, Hutcheson, Lorenzen, Powell, Radin, Tulin, Yntema. El material citado en el Apéndice I es suficiente para mostrar que no se les puede dirigir aquella crítica. En cuanto a los abogados mercantiles, la prueba consiste en ver si han realizado trabajos que *no* se ajusten a la descripción.

Corbin, en “Contracts for the Benefit of Third Persons” está tan interesado por los beneficiarios dentro de la familia como lo está en “Third Parties as Beneficiaries of Contractors’ Surety Bonds” por las empresas; y este último toma como criterio básico (como siempre) el juicio, no del empresario, sino del público. Cf. “The Law and the Judges”. Douglas, en las tres obras citadas, está interesado expresa y constantemente por las consecuencias sociales de los problemas. Francis (“Domicil of a Corporation”) manifiesta un interés fundamental en la ciencia jurídica, pero no toca la política jurídica general; tampoco su obra apoya la posición del Decano. Todo el entusiasmo de Frank es por la justicia y la mejora de su administración. Klaus, en la Introducción a *Ex Parte Milligan* y la Introducción a *People v. Molineux* se compromete en el estudio del Derecho constitucional y penal. Llewellyn (“Free Speech in Time of Peace”; “Law Observance and Law Enforcement”; *The Bramble Bush*, cc. VIII y X; “What Price Contract? – An Essay in Perspective”) difícilmente parece ligado al punto de vista del empresario. Moore (“The Rational Basis of Legal Institutions”, editor con Rosenberg y Klaus de *American Trials*) conduce sus intereses hacia la antropología cultural, aplicada al Derecho; pero en la mayor parte de su obra enfatiza la investigación de la práctica, con la insinuación de que las normas de (no para) la decisión derivarán de las normas de acción. Oliphant (“Trade Associations and the Law”, 383; “A Return to Stare Decisis”, 160, deteniéndose en cuestiones familiares, políticas, constitucionales y de administración del Derecho) muestra tanto intereses más amplios que los empresariales como críticos con el empresariado. Patterson (“Equitable Relief for Unilateral Mistake”, 880) subraya: “Excepto sobre fundamentos *apriorísticos*, es difícil entender por qué solo es relevante la conducta económica, aunque ésta sea la inferencia extraída de las decisiones”, y en “Can Law Be Scientific?” y *The Insurance Commissioner* (1927) demanda control sobre los negocios. Sturges puede dar pábulo a la posición del Decano.

De los diez abogados mercantiles de nuestro grupo, uno (Sturges) puede respaldar la crítica de Pound; uno (Moore) puede prestarle plausiblemente respaldo; uno (Francis) no muestra nada que pueda justificar el alegato de Pound; y siete - aunque parte de su obra especializada en el ámbito de los negocios se haya desarrollado sobre premisas mercantiles- han demostrado claramente que su punto de vista es más amplio que el del empresario⁷⁶.

⁷⁶ Esta limitación a aquello que esté publicado bajo el propio nombre conduce a resultados curiosos en algunos casos: Cf. la omisión del interés de Oliphant en el Derecho de familia (notorio en JACOBS y ANGELL, *A Research in Family Law*, 1930, 8) y en la reforma procesal (estudios pendientes de publicación); o del trabajo de Moore en el Comité de Reforma del Derecho.



Punto 11

POUND, *supra* nota 1, 697: “Una vez que las realidades del orden jurídico han sido observadas y registradas, resta hacer algo con ellas”

“Repitámoslo. La descripción fiel de lo que hacen los tribunales, los legisladores y los juristas no es toda la tarea de la ciencia del Derecho”⁷⁷. *Id.*, 700.

“Se espera que las estadísticas muestren también cómo tiene (en un sentido psicológico) que administrarse la justicia, prescindiendo así de la cuestión de cómo debe administrarse... Inclínados a buscar la exactitud a costa de excluir totalmente este difícil problema (del “Deber ser”) de la ciencia jurídica”. *Id.*, 703.

Interpretación. Entendemos que los fragmentos previos y el tono general del artículo del Decano indican que los realistas están absortos en la descripción de las realidades del Derecho, con *la exclusión sustancial de todo interés por determinar lo que “Debe ser” hecho por medio del Derecho.*

(a) *Favorables:* Ninguno.

(b) *Plausibles:* CORBIN, “Contracts for the Benefit of Third Persons”, 13: “Hay Derecho en la medida en que hay uniformidad en la toma de decisiones y en su aplicación... Las normas son solamente una afirmación de la uniformidad de la corriente”.

“Book Review” (1928) 38 *Yale Law Journal*, 270: “Las uniformidades en la acción de los jueces constituyen los „principios” de los que se compone el Derecho” Pero véase el trabajo de Corbin de reformulación del Derecho para el *American Law Institute*, así como el tono y el énfasis de cualquiera de sus escritos. Por ejemplo, “Third Parties as Beneficiaries of Contractors” *Surety Bonds*, 15: “Las palabras razonablemente lo permiten y *la política social lo aprueba*” (La cursiva es nuestra). Véase especialmente “The Law and the Judges” en relación al juez prevaricador. *Refutado.*

LLEWELLYN: La sensación de un trabajo como “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, insistiendo en el estudio de los hechos como el centro del trabajo necesario. (Pero cf. *ibid.*, 442, 446, 463, n. 12). “The Conditions for and the Aims and Methods of Legal Research”, 670: “Muy a menudo, en el pasado, tales resultados han hecho que los asuntos sean más manejables que antes. Esto, sin embargo, es un interés inmediato del científico tanto como lo es la “corrección” o “incorrección” dogmática o moral de los fenómenos que está observando”. Pero, seguramente, el énfasis aquí está

⁷⁷ La afirmación central de que “la descripción fiel de lo que hacen los tribunales, los legisladores y los juristas no es toda la tarea de la ciencia del Derecho” necesita precisión en tres puntos. (1) La mayoría de los realistas insistirían en extender la descripción más allá de estos agentes para dar entrada al contexto social y a las consecuencias sociales de sus acciones. (2) La mayoría de los realistas insistirían en la necesidad de clasificar y ordenar de manera significativa el material descriptivo y de buscar constantemente regularidades, secuencias y “relaciones causales” en los fenómenos observados. (3) Muchos, si no la mayoría, defenderían que la *ciencia* del Derecho, *en cuanto distinta del arte práctico o de la relevante filosofía social* (ambos incluidos -entendemos- por el Decano en el término “ciencia”), no estaría preocupada por las valoraciones éticas; todo lo más, con las valoraciones acerca de la adecuación de medios particulares para conseguir fines asumidos o dados. Las proposiciones resultantes tendrían una forma similar a ésta: “si X es el fin que se persigue, la norma o institución jurídica Y está (o no está) razonablemente adaptada a su realización”. La *filosofía* trataría con la *conveniencia* del fin X y el *arte* con qué hacer después, entre tanto se desarrollan las disputas de los filósofos y las investigaciones de los científicos.

No entendemos, sin embargo, que el Decano esté abordando aquí estos temas. Y nuestro interés es comprobar si la *implicación de que los realistas no están interesados en cuáles debieran ser los ideales y los objetivos del Derecho* se sostiene.

en el “inmediato”. Y compárese *ibid.*, 671: “El abogado o el científico jurídico hará bien en distinguir en su investigación y su acción lo que conoce de lo que cree, en *separar su ciencia jurídica de su prudencia jurídica...*” con la nota: “... Desde luego, un técnico experto también desarrolla a veces intuiciones peculiares para la política jurídica en su campo. *Ambas materias son tan claras y conocidas como para no requerir énfasis*”. Y compárese con el material citado abajo. *Refutado*.

OLIPHANT, “A Return to Stare Decisis”, 73: “Un hombre puede abrazar el empirismo escéptico como un método de trabajo sin abrazarlo como una filosofía de vida”.

“Salvo que el *common law* tenga que ser caprichoso, debe desarrollar un cierto orden. Debe desarrollar un orden suficiente para que las acciones irregulares de los hombres revelen tendencias de prácticas habituales”. *Id.*, 76. Aunque se interprete que este fragmento no expresa un juicio normativo, véase el tono general de “Trade Associations and the Law” y de “Mutuality of Obligation in Bilateral Contracts at Law”, por ejemplo, en 1005, n. 16, 1000, n. 8: “El escritor se opone a la *Uniform Obligations Act* propuesta, que considera una temeraria super-generalización en la dirección inapropiada, puesto que pasa por alto los benéficos efectos de la doctrina de la consideración, uno de los cuales es que actúa como un elemento de control sobre las ganancias injustificadas por parte de quienes tienen una posición negociadora de superioridad”. Véase también “A Return to Stare Decisis”, 159: “La decisión de un caso particular por un académico atento es preferible a la decisión por un juez mal preparado...” *Refutado*.

(c) *En contra*⁷⁸: KLAUS, “Identification of the Holder and Tender of Receipt on the Counter Presentation of Checks”, 283: “¿Qué modelo estándar de conducta por parte de los bancos deseamos establecer? La segunda cuestión es: ¿cuáles son las sanciones, jurídicas o no jurídicas, directas o indirectas, que, consideradas todas las circunstancias, es mejor imponer para conseguir el estándar elegido?”

⁷⁸ Compárense también en contra: BINGHAM, “What is the Law? 93; COOK, especialmente “The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws”, 463, 467, 480, 488; “Scientific Method and the Law”, 231; DOUGLAS, “Vicarious Liability and Administration of Risk”, 584-585, 594, 598; FRANK, *Law and the Modern Mind*, 119, 134, 168, 243, 281; GREEN, *Judge and Jury*, 225; HUTCHESON, “The Judgment Intuitive – The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decisions” *passim*; KLAUS, “Sale, Agency and Price Maintenance”, 333; MOORE, “The Rational Basis of Legal Institutions”, 611, 612; “An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking”, 703 (“The *central* problem”); PATTERSON, “Hedging and Wagering on Produce Exchanges”, 877, 879, 884; “The Transfer of Insured Property in German and American Law”, 234; “The Apportionment of Business Risks Through Legal Devices”, 359; POWELL, “The Study of Moral Judgments by the Case Method”, 484, 493; “Law as a Cultural Study”, *passim*; “Law as a University Study”, 121; “The Business Situs of Credits”, 19 y ss.; STURGES, “Commercial Arbitration or Court Application of Common Law Rules of Marketing”, *passim*; “Unincorporated Associations as Parties to Action”, *passim*; LLEWELLYN, “Free Speech in Time of Peace”; “What Price Contract – An Essay in Perspective”, 732, 733; “A Realist Jurisprudence – The Next Step”, 446, n. 12, 463, 477; *Cases and Materials on the Law of Sales*, “The Effect of Legal Institutions on Economics”, 670, 674, 676; CLARK, *Code Pleading*, *passim*; LORENZEN, “The Statute of Frauds and the Conflict of Laws”, 311, 324, 327, 334, 337; “Causa and Consideration in the Law of Contracts”, 643; TULIN, “The Role of Penalties in Criminal Law”, 1052, 1059, 1069. No se deriva de las citas específicas que el énfasis *fundamental* de todos estos hombres en su escritura o en su acción se sitúe en el lado de la evaluación ética o de la reforma. En cada caso o trabajo particular el énfasis, por el momento, se pone frecuentemente en el trabajo de recogida de los hechos, un preliminar necesario para la crítica inteligente. Lo que se afirma es que *dentro de los límites consecuentes con la especialización del esfuerzo*, cada uno de ellos ha *demostrado* su conciencia de, y su interés en, tales problemas.

Véase también FRANCIS, “Do Some of the Major Postulates of the Law of Bills and Notes Need Re-examination?” (1928) 14 *Cornell Law Quarterly*, 41.



RADIN, "Legal Realism" (1931) 31 *Columbia Law Review*, 825: "No pueden ser realistas a menos que sean bien conscientes de que, bien como jueces o bien como críticos de los jueces, el oficio de juzgar consiste en decidir entre un mejor y un peor reajuste de las relaciones humanas perturbadas por un suceso, y que los términos „mejor" o „peor" implican una evaluación y un estándar".

YNTEMA, "The Rational basis of Legal Science" (1931) 31 *Columbia Law Review*, 925, 935: "El movimiento científico en el Derecho en este país está oculto tras sus herramientas empíricas si no se puede ver debajo de ellas la búsqueda de la ciencia por establecer la justicia". Book Review, 142.

RESUMEN: (a) Favorables: Ninguno. (b) Plausibles: (i) No refutados: Ninguno; (ii) Refutados: 3; (c) En contra: 17; (d) No hallada evidencia: Ninguno.