

¿ES LA CERTEZA JURÍDICA UN MITO? LA PROPUESTA DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

*Manuel Rodríguez Puerto*¹

Resumen

El ideal de certeza jurídica ha estado unido a la previsibilidad de la decisión judicial basada en reglas. Este modelo ha sido criticado desde hace tiempo y una de las tendencias más radicales fue el realismo jurídico americano. Sus integrantes afirmaron la imposibilidad de controlar la decisión mediante preceptos generales, debido a la vaguedad del lenguaje y a la variedad de asuntos humanos. La metodología tradicional era inútil. El derecho surge sólo desde en la decisión judicial sobre el caso, influido por consideraciones morales, económicas, psicológicas, etc. Los realistas intentaron controlar esa incertidumbre, a veces mediante la investigación empírica de hechos forenses, pero ese esfuerzo no fue fructífero. Al final algunos realistas defendieron una ciencia jurídica menos radical compuesta por tradiciones y costumbres del *common law*, e ideales morales pragmáticos; estos instrumentos podían limitar la inevitable incerteza jurídica.

Palabras clave: certeza, Realismo jurídico, método.

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Cádiz. Miembro de los Proyectos de I+D+i “Seguridad y Privacidad” (DER2015-66247-R) y “Jurisprudencia y doctrina: Incidencia de la doctrina española en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, penal y laboral” (DER2016-74971-P). Dirección postal: Facultad de Derecho (Campus de Jerez). Avda. de la Universidad 4. 11406 Jerez de la Fra. (España). Dirección electrónica: mjesus.rodriguez@uca.es

IS LEGAL CERTAINTY A MYTH? THE PROPOSAL OF AMERICAN LEGAL REALISM

Abstract

The ideal of legal certainty has been attained to the previsibility of judicial decision based on rules. This model has long since been criticized and one of the most critical trends was the American Legal Realism. Its members maintained the impossibility of controlling the decision by general precepts, due to the vagueness of language and the variety of human affairs. Traditional methodology was useless. The law arises only from the judicial decision about the case, influenced by moral, economic, psychological, etc. considerations. Realists tried to control the uncertainty, sometimes through the empirical enquiry of forensic facts, but this effort was not fruitful. At last, some Realists defended a less radical legal science composed by common law traditions and customs and pragmatic moral ideals; these instruments could limit the unavoidable legal uncertainty.

Key words: Certainty, Legal Realism, Method.

1. Introducción

La existencia de un sistema de normas generales, razonablemente comprensibles y aplicables por la judicatura de forma fácilmente previsible, ha sido considerada una garantía del Estado de derecho. Esta característica puede expresarse igualmente mediante la expresión certeza jurídica, aunque tenga también otras acepciones². Esta confianza va unida al empleo de un método seguro aparejado a una interpretación formalista de la ley; el contenido de la sentencia se derivaría

² Sobre los diversos modos de entender la certeza, vid., G. Gometz, *La certeza jurídica como previsibilidad*. Trad. de D. Moreno / D. Dei. Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 42 y ss.

desde el significado contenido en la ley sin que intervengan en el proceso factores extralegales como la personalidad del juez. Esta explicación de la decisión judicial ha sido y es objeto de polémicas enconadas; aunque el siglo XIX es visto habitualmente como el momento triunfante de esa metodología, la realidad no fue tan simple; ya entonces muchos juristas cuestionaron la viabilidad del modelo hasta llegar a su descrédito a manos de la Escuela Libre de Derecho o de los sociologismos jurídicos³. Pero quizá sea el realismo jurídico americano una de las corrientes que ha rechazado con más ahínco la posibilidad de certeza basada en las normas generales. H.L.A. Hart escribió que la teoría jurídica norteamericana había oscilado entre el “sueño noble” y la “pesadilla”; el primero representado por quienes piensan que los jueces no crean derecho, porque siempre aplican uno preexistente; la segunda por juristas que, como los realistas, niegan cualquier método para determinar la decisión judicial⁴. No obstante, tal vez la opción realista no fuera tan irracional como parece indicar la contraposición de Hart.

2. Antecedentes

A causa de la pertenencia de los EE.UU. al ámbito del *common law*, la concepción del derecho como un sistema creado exclusivamente por el legislador no encontró allí demasiado eco⁵. No obstante, el mismo *common law* se mostró favo-

³ Vid. R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsuntionsautomat? Zur Justizlehre im 19. Jahrhundert*. Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1986, per totum. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milán, Giuffrè, 1975, pp.210 y ss., 229 y ss. Por otra parte, es falso identificar la aplicación deductiva de las leyes con el Positivismo jurídico: bajo esa etiqueta han aparecido y aparecen juristas que mantienen tanto posturas formalistas ante la interpretación, como negadoras de la posibilidad de una deducción mecánica de la sentencia desde el texto legal, con una gradación considerable de posiciones metodológicas entre ambos extremos. Cfr. F. González Vicén, *Estudios de Filosofía del derecho*. Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 48 y ss., 178 y ss.

⁴ Cfr. H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream”, en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 132 y ss. Hart pensaba que ambas posiciones, en su manifestación extrema, eran indefendibles, aunque veía algunos aspectos positivos en la teoría realista al llamar la atención sobre la influencia de las consideraciones extralegales (incluyendo convicciones sobre justicia o política social) en el momento de la decisión.

⁵ Cfr. J.E. Herget, *American Jurisprudence 1870-1970. A History*. Houston, Rice University Press, 1990, p. 21.

nable a las tendencias “solidificadoras” del orden jurídico. A lo largo del siglo XIX se desarrolló el denominado *Classical Legal Thought*, que pretendía aplicar el derecho de manera formalista y aséptica gracias a la labor conceptual desarrollada por la ciencia jurídica⁶. Un ejemplo particularmente conocido fue el intento de convertir el *common law* en un saber pretendidamente seguro protagonizado en Harvard por Christopher Columbus Langdell; mediante la inducción a partir de multitud de supuestos intentó fijar casos típicos que, tras su ordenación, serían estudiados por el jurista y servirían como arsenal para su aplicación inmediata a los asuntos nuevos; bastaría entonces con encontrar un precedente similar al problema y extraer de ahí la solución⁷. Langdell defendía una ciencia jurídica inductiva similar a la ciencia física, ya que su “*case method*” extraía los principios fundamentales del material proporcionado por las decisiones judiciales⁸. Sin embargo, su proceder no pareció tan científico a miembros destacados de la siguiente generación de jueces y juristas norteamericanos a fines del XIX y principios del XX, que entendieron que ese proceder ocultaba la forma real en la que se producía la decisión jurídica. Fue una actitud paralela a la desarrollada en la Europa continental de la mano de juristas como Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz o François Geny. En los EE.UU. las causas específicas de esa mentalidad eran varias. Por una parte, y en un plano más teórico, la influencia del Pragmatismo de filósofos como William James y John Dewey. Por otra, el descontento político con el *Classical Legal Thought*, identificado con el *laissez faire* hostil a la intervención estatal⁹. Además, es preciso tener en cuenta como recuerda A.L. Goodhart, que (a pesar de las pretensiones del *Classical legal Thought*) la vinculación al precedente no era tan fuerte en los

⁶ Cfr. J.I. Solar Cayón, *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*. Madrid, Dykinson / Universidad Carlos III, 2002, pp. 15 y ss.

⁷ Vid. J.E. Herget, op. cit., pp. 34 y ss.

⁸ Cfr. E.M. Holmes, “Education for Competent Lawyering: Case Method in a Functional Context”, en *Columbia Law Review* 76 (1976), p. 546. Este autor indica que el método jurídico no puede asimilarse al físico, porque el derecho es normativo y no puede utilizar experimentos reproducibles.

⁹ Cfr. J.I. Solar Cayón, *Política y derecho...*, cit., pp. 91 y ss.

EE.UU. como en Inglaterra; los jueces se comportaban más libremente ante lo que consideraban exigencias de la justicia del caso¹⁰.

Particularmente influyente en los cambios de mentalidad fue el juez Oliver Wendell Holmes. En un escrito programático, Holmes afirmó la inexistencia de derecho antes de que los órganos de la administración de justicia dictasen sentencia; en consecuencia, el derecho no era otra cosa que la predicción de las decisiones de los tribunales; las reglas jurídicas servían en la medida en que facilitasen esas predicciones. Holmes aclaró que su postura no era cínica: reconoció la importancia de las relaciones entre derecho y moral desde ciertos puntos de vista y sólo pretendió explicar a los juristas en qué consistía su trabajo¹¹.

Otro juez que siguió un camino parecido fue Benjamin Nathan Cardozo. Defendió una metodología múltiple y compleja basada en elementos como la Lógica, la Historia, la costumbre, la utilidad o los estándares aceptados sobre la conducta justa. El predominio de un elemento u otro en cada caso concreto depende del interés social en juego; para determinar ese interés es necesario que el juez actúe de manera parecida al legislador y que tenga en cuenta su experiencia, estudio y reflexión junto con la equidad, el bienestar social¹². Por otra parte, Cardozo reconoce que la imparcialidad, la uniformidad y la certeza son intereses sociales que deben ser ponderados en la decisión; es falso afirmar que el derecho sólo surge es producto de la creación judicial; los jueces tienen límites, porque no pueden eliminar las reglas y sustituirlas por su sentido individual de la justicia. Aunque, por otra parte, en ese proceso es inevitable cierto grado de incerteza¹³.

¹⁰ Cfr. A.L. Goodhart, "Case Law in England and America", en *Cornell Law Quarterly* 15 (1930), pp. 178-180. Por otra parte, la doctrina interpretativa del derecho inglés que se traslada a los EE.UU. trabajaba con el significado literal, su posible ambigüedad, la ratio legis del *statute* de forma parecida a los métodos empleados por la ciencia jurídica continental. Cfr. F.J. De Sloovere, "The Equity and Reason of a Statute", en *Cornell Law Review* 21 (1935-36), pp. 591 y ss.

¹¹ Cfr. O.W. Holmes, "The Path of the Law", en *Harvard Law Review* 10 (1897), pp. 458 y ss. y 461.

¹² Cfr. B.N. Cardozo, "The Nature of the Judicial Process", en *Selected Writings of B.N. Cardozo*. Nueva York, Fallon Law Books Co., 1947, pp. 153 y ss.

¹³ Cfr. B.N. Cardozo, "The Nature...", cit., pp. 153, 158 y ss., 178. Laura Miraut sostiene que la certeza y la predictibilidad de la sentencia son exigencias importantes para Cardozo, aunque esa certeza no pueda ser exacta. Cardozo no llega tan lejos como los realistas en sus

Quizá la figura más destacada nacida en el seno de esta reacción americana contra el mecanicismo aplicativo sea Roscoe Pound. Entre sus varias inquietudes teóricas, el problema de la certeza y el método llamó su atención¹⁴. Escribe que, para una mentalidad muy difundida, las características de un derecho científico son la conformidad con la razón, la uniformidad y la certeza, apoyadas en la aplicación deductiva de las normas creadas por el soberano¹⁵. Sin embargo, puntualiza Pound, esa imagen del derecho es errónea, porque un ordenamiento jurídico es una realidad compleja que abarca elementos heterogéneos: preceptos, criterios metodológicos e ideales filosóficos, morales y políticos que sustentan el ordenamiento. Por otra parte, los preceptos no sólo consisten en reglas, también comprenden principios, estándares y conceptos. Pound sostiene que principios y estándares requieren una aplicación ajena al mecanicismo, porque debe tener en cuenta las circunstancias del caso mediante el sentido común y la intuición entrenada del juez, valorando las exigencias de lo justo y lo razonable¹⁶. Pound admite que hay casos gober-

conclusiones sobre la creación judicial de derecho, porque para Cardozo el juez se mueve entre la vinculación y la libertad. Cfr. L. Miraut, *La teoría de la decisión jurídica de Benjamin Nathan Cardozo*. Madrid, Dykinson, 1999, pp. 107, 113, 124-125, pp. 140 y ss.

¹⁴ Son varias las corrientes, tanto americanas como europeas, que influyen en la formación del pensamiento de este autor. Según J.E. Herget, destacan entre ellas el ya mencionado Pragmatismo filosófico, la Escuela Libre de Derecho, la tendencia extendida en los Estados Unidos a ver el derecho a través de la actuación judicial y la querencia hacia la consideración de todos los fenómenos sociales como conflictos de intereses. Cfr. op. cit., p. 148. Wolfgang Fikentscher destaca la influencia que ejercieron en Pound Jhering y la posterior Jurisprudencia de Intereses. Cfr. "Roscoe Pound. Von der Zweckjurisprudenz zur <<Sociological Jurisprudence>>", en *Festschrift für Karl Larenz*. Múnich, C.H. Beck, 1973, pp. 95-96.

¹⁵ Cfr. R. Pound, "Mechanical Jurisprudence", en *Columbia Law Review* 8 (1908), p. 605. Id., "Classification of Law", *Harvard Law Review* 37 (1924), pp. 933, 939, 944. Ahí Pound sostiene que es imposible establecer una "tabla analítica" que permita al juez hallar siempre el precepto jurídico adecuado. Eso no quiere decir, aclara, que algunas clasificaciones, establecidas para fines muy concretos, no sea efectivas.

¹⁶ R. Pound, "The Administrative Application of Legal Standard", en *Reports of American Bar Association* 44 (1919), p. 444. Id., "Mechanical Jurisprudence", cit., per totum. Más brevemente, cfr. también R. Pound, "The Decadence of Equity", *Columbia Law Review* 5 (1905), p. 20. Id., "The Theory of Judicial Decision" (I-III), *Harvard Law Review* 36 (1923), pp. 643 y ss. 824-225. Sobre la importancia de los ideales, vid. Id., "The Ideal Element in American Legal Decision", en *Harvard Law Review* 45 (1931), per totum. Id., *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven / Londres, Yale University Press, 1982,

nados por reglas aplicables de manera mecánica, pero hay muchos otros en los que es preciso atender a las peculiaridades imprevisibles y particulares del asunto. El derecho debe armonizar la exigencia de certeza con la atención a ese tipo de peculiaridades¹⁷.

3. Aparecen los “radicales”

El realismo jurídico es la etiqueta que engloba a un conjunto de juristas de EE.UU. que, sin formar una escuela homogénea, formaron una corriente con ciertos rasgos comunes en la primera mitad del siglo XX. Influidos por Pound, con quien mantuvieron una relación algo complicada, sus referentes más teóricos fueron el Pragmatismo y una concepción un tanto vaga del empirismo¹⁸. De todas

págs. 57-58. Id., *Law and Morals*. New Jersey / Nueva York, Rothman Reprints / Augustus M. Kelley, 1969, pp. 38-39, 61.

¹⁷ Cfr. R. Pound, “The Theory...”, cit., pp. 945 y ss. Id., “Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case”, en *New York University Law Review* 35 (1960), p. 930. Id., *Law and Morals*, cit., p. 49. Id., *An Introduction...*, pág. 89. Harold G. Reuschlein indica que Pound acepta la presencia en el orden jurídico tanto de las reglas como de la discreción judicial. Esto es cierto, pero recordemos que la separación entre regla y discreción no es tan simple para Pound, porque, para él, hay una gradación entre ambos extremos. Cfr. H.G. Reuschlein, *Jurisprudence. Its American Prophets. A Survey of Taught Jurisprudence*, Westport, Greenwood, 1951, (reprint de 1971), p. 139.

¹⁸ Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*. Milán, Giuffrè, 1962, pp. 11 y ss. y 55 y ss. Sobre su discutible condición de escuela cfr. págs. 2-7. H. Reuschlein prefiere llamarlos “neorrealistas” y considera “realistas” a Holmes, Pound, Cardozo o Ihering. (Op. cit., pág. 187). La relación de estos autores con Pound es un tanto ambigua. La doctrina se divide acerca de esta cuestión. Para algunos, como Reuschlein, sí hay una clara separación entre ellos (cfr. op. cit., pp. 150 y ss.); para otros, como Herget, la obra de autores como Frank o Llewellyn no es más que la aplicación de las tesis de Pound. Cfr. op. cit., pp. 176-180. Es innegable que las críticas de Pound a las maneras tradicionales de entender la ciencia jurídica contribuyeron a la formación del ambiente cultural del que beben los realistas; pero también es verdad que algunos de éstos fueron bastante más allá que Pound y éste llamó la atención acerca de las diferencias que lo separaban de los autores más jóvenes, en el seno de una polémica académica contra Pound pergeñada por Jerome Frank y Karl Llewellyn. Sobre ese debate y los integrantes del realismo, cfr. J.I. Solar Cayón, “Karl N. Llewellyn. Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano”, en *Eu-nomía* 2 (2012), pp. 182 y ss.

Recaséns Siches engloba la obra de juristas como Holmes, Cardozo, Pound y los realistas en una gran corriente favorable a un razonamiento pegado a las circunstancias de la vida y que también comprende al Derecho Libre, el Sociologismo francés, etc. Cfr. específicamen-

formas, no estuvieron excesivamente preocupados por la coherencia filosófica. Hessel E. Yntema, por ejemplo, destacó el eclecticismo filosófico que caracterizaba en su opinión al Realismo jurídico¹⁹. No obstante, él mismo abogaba por una ciencia jurídica que siguiera el modelo de la ciencia moderna mediante la observación empírica y la racionalización de las observaciones²⁰.

Lo cierto es que ese carácter empírico estaba dominado por una consideración pragmática y funcional de lo jurídico. Karl N. Llewellyn explicaba que había diversas acepciones del término derecho, pero el realista jurídico debía verlo como una ciencia social encargada de la observación del comportamiento de los profesionales del derecho y de los legos en la materia; lo que ocurre con esa interacción es el centro de atención y no lo que está en los libros ni el acercamiento tradicional basado en la adquisición de un arte para discutir o en una filosofía del deber ser²¹. Precisamente Yntema pensaba que el “giro copernicano” de la ciencia jurídica reciente estaba en la noción instrumental de un derecho encargado de conseguir fines sociales²².

te sobre el realismo su *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. México D.F., Porrúa, 1980 (3ª ed.), pp. 92-111.

¹⁹ Cfr. H. Yntema, “Jurisprudence and Metaphysics”, en *The Yale Law Journal* 59 (1949-1950), pp. 276-277. Algunos realistas citan a integrantes del Positivismo Lógico, incluyendo al Wittgenstein del *Tractatus*. En cambio, Jerome Frank rechaza el Positivismo lógico, aunque cite aprobatoriamente a Bertrand Russell y aboga por una modelo de conocimiento consistente en la suma de perspectivas diversas. Cfr. J. Frank, *Derecho e incertidumbre*. Trad. de C.M. Bidegain. México D.F., Fontamara, 1991, pp. 67. Es la traducción de “Short of Sickness and Death: An Study of Moral Responsibility in Legal Criticism”, en *New York University Law Review* 26 (1951).

²⁰ Vid. H.E. Yntema, “The Implications of Legal Science”, en *New York University Law Quarterly Review* 10 (1933). Id., “The Rational Basis of Legal Science”, en *Columbia Law Review* 31 (1931). Ambos per totum.

²¹ Cfr. K. N. Llewellyn, “Legal Tradition and Social Science Method. A Realist’s Critique”, en Id., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*. Chicago / Londres, University of Chicago Press, 1962, pp. 78 y ss. G. Tarello señala que los realistas no adoptaron un concepto único y normativo desde el que explicar la realidad del derecho. Cfr. op. cit., pp. 74 y 83.

²² Cfr. H. Yntema, “Legal Science and Reform”, en *Columbia Law Review* 34 (1934), p. 209. Felix S. Cohen defendía el funcionalismo en la ciencia jurídica, pero no de manera excluyente: podía complementarse con otros enfoques. Cfr. F.S. Cohen, “The Problems of a Functional Jurisprudence”, en *Modern Law Review* 1 (1937), p. 6.

Esta llamada a los hechos llevó a los realistas a criticar la identificación del derecho con un conjunto de normas que predeterminaran las soluciones²³. Joseph Bingham consideraba “una vieja superstición” entender el derecho como una realidad preexistente, compuesta de normas generales dotadas de autoridad y prestas a la interpretación y aplicación²⁴. En ese sentido, Max Radin, afirmaba taxativamente que el derecho no preexiste a la actividad de los juristas, porque no está escrito en libros que prevean todas las soluciones; lo máximo a lo que se puede llegar es a predecir lo que harán los jueces²⁵. Esa identificación del derecho —*statutes* y precedentes— con meras previsiones de la decisión judicial fue habitual entre los realistas. Karl N. Llewellyn escribía que una regla es una predicción generalizada de lo que debería hacerse, aunque esa capacidad predictiva sea menor de lo que hace pensar la concepción tradicional de las reglas²⁶.

Esa imposibilidad para desempeñar un papel controlador es pareja a la ineficacia del modelo tradicional de entender el razonamiento jurídico, según el cual primero debe aclararse el significado de la norma vigente para aplicarlo posteriormente. Radin afirma que el procedimiento real es precisamente lo contrario: previamente se toma la decisión y después se escoge la interpretación de la regla que más se adecúe a lo que ya se ha decidido²⁷. El método jurídico procede siempre desde la conclusión a la premisa y ese comportamiento no es una desviación de la forma correcta de razonar, es el único razonable no sólo en el derecho, sino en toda

²³ Esta idea no era original. En la Escuela de Derecho Libre, los sociologismos europeos también estaba presente. Por otra parte, la ciencia jurídica occidental desde sus orígenes romanistas fue consciente de que las leyes no siempre controlaban completamente la solución jurídica.

²⁴ Cfr. J. Bingham, “What is the Law?” en *Michigan Law Review* 11 (1912), p. 17.

²⁵ Cfr. M. Radin, “The Permanent Problems of the Law”, en *The Cornell Law Quarterly* 15 (1929), pp. 2-15.

²⁶ Cfr. K.N. Llewellyn, “Some Realist about Realism”, en Id., *Jurisprudence*, cit., pp. 1237, 1242. En el mismo sentido cfr. William O. Douglas, “Stare decisis”, en *Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review*. Nueva York / Londres, Columbia University Press, 1964, p. 19.

²⁷ Cfr. M. Radin, “Statutory Interpretation”, en *Harvard Law Review* 43 (1929-1930), p. 864.

comunicación humana²⁸. La existencia de normas, por tanto, no conduce, pese a las apariencias, a la certeza, ya que su contenido sólo puede ser establecido después de que el juez estudie el caso y decida cuál es la interpretación que más convenga según el supuesto que tenga entre manos. Como ya había señalado John Dewey, autor influyente en Pound y los realistas, la determinación del resultado precede al establecimiento de las premisas²⁹.

Otro debedor de las certezas, Jerome Frank, afirma que la creencia de los juristas tradicionales en una aplicación mecánica de las leyes es una ilusión debido a las peculiaridades de los asuntos humanos. No son realidades matemáticas, sino que se presentan de forma individualizada y variable; no es posible simplificarlos, de ahí que las reglas abstractas preexistentes deban ser adaptadas y ajustadas constantemente. El derecho siempre será vago y nunca podrá consistir en reglas eternas capaces de prever todas las posibles disputas jurídicas³⁰. El choque entre la realidad y la ilusoria creencia en la seguridad jurídica extendida en la sociedad genera desilusión e incluso produce una imagen desfavorable para los juristas a los que se acusa de complicar innecesariamente los asuntos³¹. Sin embargo, aclara Frank,

²⁸ Cfr. M. Radin, “The Method of Law”, en *Washington University Law Quarterly* (1950), p. 487.

²⁹ Vid. J. Dewey, “Logical Method and Law”, en *The Cornell Law Quarterly* 10 (1924), pp. 17 y ss.

³⁰ Cfr. J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentano’s, 1930, pp. 5-6, 120. Un punto de vista similar en J. Frank, “Say It with Music”, en *Harvard Law Review* 61 (1948), p. 948. Frank es quizá más conocido por su escepticismo ante el conocimiento de los hechos del caso, diferente del escepticismo ante las reglas, una distinción establecida por el propio Frank. Cfr. su “Legal Thinking in Three Dimensions”, en *Syracuse Law Review* 9 (1949-1950), pp. 10 y ss. Sobre esa dificultad para conocer los hechos del caso, según Frank, vid. S. Reyes Molina, “Jerome Frank: Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho”, en *Eunomía* 10 (2016), pp. 266 y ss.

³¹ Cfr. Frank, *J. Law...*, cit., p. 5. Uno de los aspectos más peculiares de la teoría de Frank es su explicación psicoanalítica de ese deseo de certeza: la pervivencia de una actitud infantil que busca en las leyes la confianza perdida en el padre. Vid. J. Frank, *Law...*, cit., pp. 14 y ss., 166 y 252. Una tesis que ha sido objeto de críticas generalizadas, incluso por parte de realistas como Llewellyn. Cfr. K.N. Llewellyn, “Law and the Modern Mind: A Symposium”, en *Columbia Law Review* 82 (1931), pp. 86-87. En esas páginas mantenía que las explicaciones psicoanalíticas de Frank sobre el infantilismo eran muy discutibles, entre otras cosas, porque los conceptos del psicoanálisis son demasiado inseguros; por otra parte,

cuando un abogado pierde un caso no siempre se debe a incompetencia, sino a que el derecho aplicable es lo suficientemente ambiguo para justificar diferentes decisiones³². Es preciso desvelar esos errores, como, según Frank, hizo Holmes al inventar lo que el mismo Frank denomina un “pensamiento jurídico no-euclídeo”³³. La “jurisprudencia euclídea” es la forma de entender la ciencia jurídica típica del siglo XIX, según la cual todo razonamiento jurídico parte de proposiciones verdaderas y ciertas a partir de las que podemos deducir respuestas correctas³⁴. Sin embargo, no existen tales proposiciones, ni son posibles tales deducciones, entre otros motivos porque la Lógica formal empleada para esa finalidad es un medio vacío que permite cualquier razonamiento³⁵. Las premisas no son proporcionadas por el silogismo, sino que son obtenidas por procedimientos ajenos a la Lógica. Y es preciso tener en cuenta, declara Frank, que la selección de las premisas es la tarea más importante para el jurista³⁶. Como ya había afirmado Radin, Frank señala que, según los psicólogos, el juicio sólo raramente empieza con una premisa a partir de la cual se extrae una conclusión. Más bien, lo que sucede con frecuencia es que co-

Llewellyn pensaba que esa explicación freudiana no era tan importante en el conjunto de la teoría de Frank.

³² Cfr. J. Frank, *Law...*, cit., pág. 8.

³³ Cfr. J. Frank, “Mr. Justice Holmes and non-euclidean Legal Thinking”, en *The Cornell Law Quarterly* 17 (1931-1932), p. 572.

³⁴ Cfr. J. Frank “Mr. Justice Holmes...”, cit., pág. 577.

³⁵ Según Frank, Holmes ha puesto de manifiesto que no hay en el proceso judicial axiomas autoevidentes desde los que desarrollar deducciones lógicas al modo de los geómetras antiguos: El derecho no es matemática pura. “Mr. Justice Holmes...”, cit., p. 571. Es necesario recordar que esta crítica puede ser aplicable sólo a ciertas formas de jurisprudencia propias del siglo XIX, pero en ningún caso a planteamientos iusfilosóficos anteriores a la Modernidad, como el Tomismo o la *iurisprudencia* del Derecho común, que no participaron de ese talante geometrizarante.

³⁶ Cfr. J. Frank, *Law...*, cit., pp. 66-68. No niega que el razonamiento silogístico tenga relevancia en el derecho, pero le concede un papel subsidiario al no determinar el sentido de la decisión. Mortimer J. Adler criticó a Frank por no comprender que el fin de la Lógica formal no es encontrar premisas para la argumentación. Cfr. “Law and the Modern Mind: A Symposium”, en *Columbia Law Review* 82 (1931), pp. 363 y 372. En efecto, tal y como hoy reconocen los teóricos del derecho que se dedican a esas cuestiones, la lógica forma no se ocupa de contenidos, Cfr. J.A. García Amado, *Teorías de la tópic jurídica*. Madrid, Civitas, 19, pp. 195-196, 212 y ss. El planteamiento de Frank es precisamente que una lógica que no proporcione racionalidad de contenidos es poco útil en el derecho.

mienza con una conclusión formulada de manera relativamente vaga, para la que, posteriormente, se buscan premisas fundamentadoras. El juez no cesará en este proceso hasta que encuentre la premisa adecuada para la conclusión previamente establecida, pero no llevará esta manera de pensar hasta el absurdo: si, finalmente, no consigue encontrar ninguna premisa favorable, entenderá que la solución escogida es equivocada y la abandonará³⁷.

Cardozo, Pound y los realistas llamaban la atención sobre el juicio previo en el que la respuesta es intuitiva y que ha sido denominado en el ámbito americano *hunch*. No resulta sencillo explicar en qué consiste, porque implica el concurso de intuiciones, valoraciones, sentimientos y experiencias difícilmente expresables en categorías claras; sería una especie de intuición inicial sobre la solución más adecuada al caso³⁸. Como escribe Frank, si el derecho consiste en las decisiones de los jueces y éstas están basadas en sus *hunches*, la manera en la que el juez los obtiene es la clave del proceso judicial: lo que produce el *hunch* es lo que produce el derecho³⁹. Las ideas, nociones, sentimientos que pueden influir en esa “corazonada” son muy variados. Jerome Frank, nos recuerda que las ideas de carácter económico y político tienen relevancia en la decisión tal y como ha puesto de manifiesto la *sociological jurisprudence*. Sin embargo, eso no es todo, pues hay otros elementos, a veces inconscientes, que también influyen en la decisión del juzgador: su educación y formación académica, su familia, posición social y económica, la filiación política, su temperamento, etc⁴⁰. En cualquier caso, según Frank, es imposible de-

³⁷ Cfr. J. Frank, *Law...*, p. 100.

³⁸ Un intento de descripción en J. Hutcheson, “The Judgment Intuitive: The Function of the <<Hunch>> in Judicial Decision”, *The Cornell Law Quarterly* 14 (1928-29), pp. 274-288. Cfr. también J. Frank, “Mr. Justice Holmes...”, cit., p. 594.

³⁹ Cfr. Frank, J.; *Law...*, cit., p. 104.

⁴⁰ Cfr. Frank, J., *Law...*, cit., pp. 105-106 y 114. Piensa que los que defienden una interpretación exclusivamente económica de las decisiones jurídicas llevan razón al criticar los modos tradicionales, pero intentan sustituir un dogmatismo por otro. Aunque se tenga en cuenta los hechos económicos, la ciencia del derecho no se convertirá en un saber más seguro. Cfr. Frank, J., <<Mr. Justice Holmes...>>, cit., p. 599, nota n° 72.

limitar completamente el alcance de esa selección judicial, en la medida en que intervienen elementos personales⁴¹.

Max Radin también se mostraba bastante escéptico al respecto. Se pregunta si no es posible predecir las decisiones judiciales con cierto rigor. Compara al derecho con la física y sostiene que tanto las leyes del derecho como las de la Física intentan predecir lo que sucederá cuando concurren ciertas circunstancias. Ahora bien, en la Física esas circunstancias no suelen ser especialmente complejas y variadas, y es viable hacer predicciones razonablemente ciertas (él piensa en un modelo de Física newtoniana y universal). En el derecho la realidad es muy diferente. Hay veces en las que sí es posible trabajar de esa forma; así, por ejemplo, Radin señala que es muy improbable que un país occidental legalice el homicidio. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones es harto difícil hacer predicciones seguras, porque no conocemos bien todas las circunstancias que están presentes en el caso. Por circunstancias no debemos entender tan sólo los hechos, sino también todos los aspectos de la personalidad del juez: su educación y formación cultural, sus hábitos de comportamiento, su afición por la prensa, la forma en que ha decidido casos similares, etc.⁴²

4. Posibilidades de una certeza alternativa

Aunque Radin y Frank fueran bastante escépticos ante la posibilidad de limitar la falta de certeza e impredecibilidad del razonamiento jurídico, otros realistas adoptaron una postura algo más optimista ante la cuestión⁴³. Según Frank, los escépticos ante las reglas pretendían encontrar las reglas reales que motivaban la decisión de los jueces; una vez conocidas sí sería posible predecirlas y conseguir auténtica certeza⁴⁴.

⁴¹ Cfr. J. Frank, *Law...*, cit., p. 138. Vid. también J. Frank, "Are Judges Human?" *University of Pennsylvania Law Review* (1931), pp. 23 y ss.

⁴² Cfr. M. Radin, "Scientific Method and the Law", en *California Law Review* 19 (1930-1931), per totum.

⁴³ Cfr. Tarello, *Il realismo giuridico*, cit., pp. 9-10. A. Kronman, "Jurisprudential Responses to Legal Realism", en *Cornell Law Review*, 73 (1988), pp. 337 y ss.

⁴⁴ Cfr. J. Frank, "Legal Thinking...", cit., pp. 10-11.

Yntema explicaba que la uniformidad en las decisiones no debe ser el único fin de la administración de justicia; entre otras cosas, porque las realidades de esa actividad dan argumentos contra esa uniformidad. No obstante, reconoce que es posible establecer uniformidades limitadas en el comportamiento judicial⁴⁵. Más preocupado por ese asunto estaba Llewellyn. Reconoce, como realista, que la certeza jurídica es en buena medida una ilusión, pero subraya que a ellos no les agrada esa falta de certidumbre; afirmar que la realidad es de esa forma es algo diferente a las preferencias y los juicios éticos normativos de quienes enuncian tales hechos. Precisamente los realistas buscan descubrir los factores que provocan la impredecibilidad para poder controlarlos, aunque no para eliminarlos necesariamente, porque a veces cierto nivel de incerteza puede tener valor⁴⁶. Inicialmente compañero de Frank en sus diatribas, Llewellyn afirmaba que las explicaciones de éste le parecían correctas, aunque un poco exageradas, porque la decisión jurídica es, de hecho, bastante predecible y, por tanto, ofrece más certeza de lo que parece. Aunque las proposiciones generales no determinen las soluciones, podemos establecer las regularidades de los procesos decisorios en los tribunales con cierta seguridad⁴⁷. Llewellyn no rechazaba por completo el papel de las reglas en el derecho, pero, como todos los realistas, pensaba que carecían del papel central que se les ha atribuido usualmente. Como ya indicaba más arriba, la clave para Llewellyn está en la observación e investigación del comportamiento de los profesionales del derecho (jueces y funcionarios) y de los profanos; las reglas son útiles en la medida en que pueden servir para prever esos comportamientos y establecer la probabilidad de que las reglas y derechos expresados en palabras sean reconocidos en los tribunales⁴⁸. Influida por el empirismo (como los otros realistas), pensó que la solución podría venir de un estudio fáctico de comportamientos forenses. Una buena investigación de esos hechos sí ofrecería posibilidades de alguna certeza en la vida jurí-

⁴⁵ Cfr. H.E. Yntema, “The Rational Basis...”, p. 930.

⁴⁶ Cfr. K.N. Llewellyn, “Some Realist about Realism”, en *Jurisprudence*, cit., p. 1241. En esa línea, Llewellyn escribió que la preocupación principal de los “newer jurisprudents” era conseguir un saber jurídico más eficaz. Cfr. K.N. Llewellyn, “On Reading and Using the Newer Jurisprudence”, en *Jurisprudence*, cit. p. 131.

⁴⁷ Cfr. K.N. Llewellyn, “Law and the Modern Mind...”, cit., pp. 86-87.

⁴⁸ Cfr. “A Realistic Jurisprudence –The Next Step”, en *Jurisprudence*, cit., pp. 443 y ss.

dica⁴⁹. Algo parecido defendía Hessel Yntema cuando reconocía la importancia de la legislación para establecer los fines sociales y defendía para conseguirlo el estudio científico-empírico de sus efectos⁵⁰. Y Hermann Oliphant propugnaba una vinculación al precedente judicial, pero basada en el estudio de los comportamientos de los jueces y la atención a la estructura social en la que deben ser resueltos los asuntos mediante un “empirismo metódico”⁵¹. Efectivamente, varios realistas realizaron investigaciones empíricas diversas, pero sus intentos de investigación sociológica no consiguieron demasiado éxito entre los juristas como apoyatura para su trabajo diario⁵².

En fases más tardías algunos de los realistas más conspicuos matizaron sus propuestas. Llewellyn sustituyó la confianza en la búsqueda empírica por una racionalidad entre pragmática y prudencial consistente en lo que podríamos llamar hoy un proceso de racionalidad abierta⁵³. Llewellyn se pregunta si los jueces descubren el derecho o lo crean, pero la cuestión así planteada le parece irresoluble: hacen ambas cosas⁵⁴. Los jueces no son oráculos que emitan sabiduría adquirida por inspiración, ni políticos que puedan decidir a su antojo. Deben basar su decisión en materiales dotados de autoridad. Aplican reglas, y para ello han de tener en cuenta su finalidad, su espíritu, los principios y medidas que las sustentan, la ma-

⁴⁹ Brian Leiter ha percibido dos vías en el Realismo jurídico: el “ala idiosincrática” formada por los que reclaman atención a la personalidad del juez, como Frank, y el ala sociológica. Cfr. “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, en *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 57. Quizá no pueda hacerse una división tan estricta. Frank no se preocupó sólo de la idiosincrasia judicial; los partidarios de la investigación sociológica no desdeñaron otros instrumentos para la práctica del derecho.

⁵⁰ Cfr. H.E. Yntema, “Jurisprudence and Metaphysics”, cit., pp. 273.274.

⁵¹ Vid. H. Oliphant, “Stare Decisis – Continued”, en *American Bar Association Journal*, 13, 1923, pp. 159-162.

⁵² Sobre el poco éxito de esas propuestas, cfr. J. Herget, *American Jurisprudence*, cit., pp. 206 y ss. B. Leiter, op. cit., pp. 55 y ss.

⁵³ Lawrence Friedman recuerda que Llewellyn fue un jurista preocupado por los modos del *common law* y no un sociológico preocupado por la investigación empírica. Cfr. L.M. Friedman, “Karl Llewellyn and the Riddle of Judicial Decision Making”, en U. Diobnig / M. Rehbinder, *Rechtsrealismus, multikulturalische Gesellschaft und Handelsrecht. Karl N. Llewellyn und seine Bedeutung heute*. Berlín, Duncker & Humblot, 1994, pp. 137 y ss.

⁵⁴ Cfr. K.N. Llewellyn, “Law and the Social Sciences”, en *Jurisprudence*, cit., p. 361.

quinaria judicial heredada o las características del caso individual; al respecto, Llewellyn escribe que el juez restringe o expande el significado de la regla prescindiendo de su impresión sobre las particularidades del caso, porque ha de tener en cuenta una “razón vital” a la luz de esa situación típica; en el curso de ese proceso, cualquier regla que no les lleve a un resultado correcto debe ser repensada, pero al mismo tiempo cualquier resultado que no concuerde con una regla adecuada al significado completo de la situación típica debe ser revisado⁵⁵. El trabajo del jurista no es, propiamente hablando, sólo el conocimiento del derecho, sino un conjunto formado por sabiduría, habilidades, conocimiento práctico⁵⁶. Como explica Félix Sánchez Díaz, Llewellyn acaba ofreciendo una descripción de la decisión judicial delimitada por criterios, principios y tradiciones que permiten cierta orientación; no la determinan, pero al menos evitan la irracionalidad y la impredecibilidad absoluta. Y a veces esos criterios pueden ser perentorios, incluyendo en ese papel a las reglas generales⁵⁷.

A pesar de su escepticismo, un camino parecido siguió Max Radin al ofrecer una doctrina propia sobre la interpretación de *statutes*. Inicialmente, consideraba que era un proceso escasamente previsible. Aunque se presenten como instrumentos para predecir con más facilidad lo que decidirán los jueces, no suelen ser claros y en muchas ocasiones el juez no sabe si el hecho que va a enjuiciar está incluido en la disposición estudiada. La situación se complica aún más, porque no hay un método adecuado para conocer lo que de verdad dice la norma. Ni siquiera la finalidad de la norma es algo fijo. Finalmente, el juez debe tener en cuenta las consecuencias que tendrían las diferentes interpretaciones y aceptar aquella que le parezca más adecuada, según el problema que tenga entre manos. La interpretación es, en buena medida, una elección del juez, ya que casi siempre es abierta; entre las interpretaciones posibles, escoge la que le interesa para fundamentar lo que ya te-

⁵⁵ Cfr. K.N. Llewellyn, “On Current Recapture of the Grand Tradition”, en *Jurisprudence*, cit., pp. 215-220.

⁵⁶ Cfr. K.N. Llewellyn, “On Current Recapture...”, cit., p. 228; “The Crafts of Law revaluated”, en *Jurisprudence*, cit., p. 318.

⁵⁷ Cfr. f. Sánchez Díaz, *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*. Granada, Comares, 2002, pp. 264 y ss., 281 y ss.

nía decidido⁵⁸. Ahora bien, el cálculo necesario para llegar a esas conclusiones es un proceso abierto. Es cierto, reconoce Radin, que hay un límite para el abanico de posibilidades interpretativas, pero el abanico es lo suficientemente amplio, como para que el juez tenga que escoger y esa elección no puede preverse con tud⁵⁹. Algunos años más tarde, Radin parece confiar algo más en los criterios interpretativos. Sigue pensando que los jueces primero deciden el significado de la norma y luego escogen el criterio interpretativo justificador de esa elección; lo importante es la valoración de los resultados obtenidos con esa decisión. Pero Radin no se remite a las peculiaridades psicológicas del juez, sino a discusiones acerca de la relevancia de la intención del legislador o la finalidad de la norma; ésta no es un mandato de voluntad soberana, sino una instrucción dirigida a jueces y administradores que contiene directrices para proteger determinados valores e intereses sociales; como esa protección no puede preverse por completo en la regla, el juez ha de colaborar en su determinación; para ello adoptará una posición personal, pero no arbitraria, aunque Radin no explique con muchas claridad la forma de moverse entre el capricho y el mecanicismo; parece defender un modelo consistente en el análisis del significado de la norma, de su finalidad y en la apreciación de los resultados posibles, los valores en juego y las circunstancias del caso⁶⁰.

Y el mismo Frank reconoció la necesidad de reformar la educación jurídica para adecuar la formación a la realidad del derecho y la necesidad de predecir la decisión judicial⁶¹. Evidentemente, su preocupación no era exaltar la arbitrariedad, sino ayudar a moderarla, lo que resultaba imposible ocultando la inevitable presencia del elemento personal en la decisión judicial⁶². Y no rechazaba el papel que desempeñaban a veces las reglas, aunque no puedan controlar completamente la

⁵⁸ Cfr. M. Radin, "Statutory Interpretation", cit., págs. 877-878.

⁵⁹ Cfr. M. Radin, "Statutory Interpretation", cit., pp. 879-881.

⁶⁰ Vid. M. Radin, "A Short Way with Statutes", en *Harvard Law Review* 56 (1942), per totum.

⁶¹ Vid. J. Frank, "Why not a Clinical Lawyer-School", en *University of Pennsylvania Law Review* 81 (1933), pp. 911 y ss.

⁶² Cfr. J. Frank, "Are Judges Human?" cit., p. 31.

decisión⁶³. De una forma no muy lejana a lo que planteaba Llewellyn, Frank explicaba que la puesta de manifiesto de las ideas y prejuicios de los jueces ayudaría a moderar la incertidumbre. Él precisaba que la presencia de esos prejuicios era inevitable y no siempre negativa, porque la inteligencia humana no puede moverse en el vacío, sino dentro de un conjunto de creencias y principios que proporcionen respuestas⁶⁴. Como sostiene José Ignacio Solar, Frank no pretendió defender la irracionalidad en el derecho, sino afirmar la importancia de valores y conceptos para la tarea jurisdiccional y la necesidad de profesionales experimentados que posean una intuición entrenada⁶⁵.

A partir de lo que he expuesto en las páginas anteriores, no es extraño que Brian Leiter haya criticado la visión habitual del realismo jurídico como una teoría caracterizada por la afirmación del arbitrio judicial. Sus representantes, explica Leiter, sí trataron de ofrecer medios para controlar la decisión judicial, aunque fueran diferentes a la aplicación formalista de normas previas. La vía adoptada, indica, sería la búsqueda de criterios empíricos que permitieran prever las sentencias de los jueces de forma que los realistas crearon una ciencia jurídica de base sociológica⁶⁶. No estoy de acuerdo con Leiter, porque las propuestas de juristas como Llewellyn, Radin o Frank quedan, al final, bastante lejos del mero empirismo y del decisionismo jurídico. Las llamadas de Llewellyn al papel de las prácticas profesionales y las exigencias del caso enjuiciado o la valoración que hace Frank de los prejuicios recuerdan extraordinariamente a las propuestas de la hermenéutica jurídica de raíz centroeuropea⁶⁷. Hay otras semejanzas. Anthony Kronman ve a

⁶³ Cfr. J. Frank, “Legal Thinking...”, cit., p. 22. Frank considera que la incertidumbre no procede muchas veces de las reglas, sino de la imposibilidad de fijar el conocimiento de los hechos del caso.

⁶⁴ Cfr. J. Frank, “Legal Thinking...”, cit., p. 19.

⁶⁵ Cfr. J.I. Solar Cayón, *El realismo jurídico de Jerome Frank*. Madrid, BOE / Universidad Carlos III, 2005, pp. 264 y ss.

⁶⁶ Cfr. B. Leiter, op. cit., pp. 21 y ss.

⁶⁷ Es verdad que uno de sus principales representantes, Josef Esser, rechazaba tanto la aplicación mecánica de la ley como el decisionismo (según Esser) del realismo jurídico. Cfr. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. de E. Valentí. Barcelona, Bosch, 1961 (la edición alemana es de 1956), p. 365. No obstante, Esser había redactado esta obra tras una estancia de investigación en EE.UU. Y en sus fase posterior, la relevancia del concepto de precomprensión, la necesidad de referencias a valoracio-

Llewellyn cercano a la metodología convencionalista, porque constriñe la decisión mediante un conjunto de prácticas profesionales compartidas, tradiciones, que conforman unos medios de comprensión convencionales⁶⁸. Por otra parte, Daniel L. Farber afirma que Llewellyn propone en su obra tardía algo parecido a un modelo de razón práctica⁶⁹.

Esa búsqueda de una racionalidad relativa puede introducir otra vía posible para encontrar algún asidero objetivo a la decisión judicial. Efectivamente, a la hora de encontrar la solución más adecuada, los jueces emplean valoraciones, que remiten en el fondo a la moral. Recordemos la advertencia de Walter W. Cook al señalar que no existen razones de pura lógica que obliguen a un juez a aplicar una regla u otra o a interpretarla en un sentido concreto; esa elección se basa, en cambio, en consideraciones de política social o económica acerca de las consecuencias sociales que acarrearán las decisiones posibles⁷⁰. En esta actitud, los realistas siguieron a Pound, quien ya había propugnado una ciencia jurídica sociológica y pragmática que tuviera en cuenta los diferentes intereses presentes en la vida social y superara la falsa imagen de deducciones lógicas desde principios inmutables⁷¹. Pound defendió la que consideraba ingeniería social e identificó un conjunto de intereses sociales, aunque no precisara la forma en que debían equilibrarse los intereses heterogéneos de los grupos sociales en la decisión concreta. Pound estuvo preocupado por los ideales que sustentan el derecho, ceñidos siempre a un lugar y

nes extralegales y el papel del caso, como portador de exigencias de regulación. Sobre las características de la hermenéutica jurídica vid. F. Viola / G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di Teoria ermeneutica del diritto*. Roma / Bari, Laterza, 2001. J.I. Solar ha señalado el parecido entre Frank y la hermenéutica. Cfr. *El realismo jurídico...*, cit., pp. 198 y ss., 244, 264. Enrique P. Haba sitúa al realismo jurídico americano en la línea la Hermenéutica de Josef Esser, que forma parte también de la tendencia formada por el Derecho Libre o el realismo escandinavo. Cfr. “Precomprensiones, racionalidad y métodos en las resoluciones judiciales”, en *Doxa* 22 (1999), p. 54.

⁶⁸ Cfr. op. cit., p. 338.

⁶⁹ Cfr. D.L. Farber, “The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law”, en *Vanderbilt Law Review* 45 (1992), pp. 535 y ss.

⁷⁰ Cfr. W.W. Cook, “Scientific Method and the Law”, *American Bar Association Journal* 13 (1927), p. 308.

⁷¹ Cfr. R. Pound, “The Administration of Justice in the Modern City”, en *Harvard Law Review* 26 (1912-1913), pp. 310 y ss. R. Pound, “Mechanical Jurisprudence”, cit., p. 609.

tiempo concretos y acabó viendo en ellos una especie de derecho natural positivo extraído de la observación de los “pueblos civilizados de la época presente”⁷². En cambio, pensaba que los integrantes del que denominó realismo jurídico americano o (siguiendo a Cardozo) neo-realismo adoptaron un relativismo escéptico que les llevó a rechazar la razón, reducir la decisión a la manifestación del deseo y a convertir el derecho en una mera afirmación de poder⁷³.

Esta apreciación quizá fuera demasiado dura. Los realistas mostraron preocupación por racionalizar la ciencia del derecho y por defender ciertos valores. Al respecto, Yntema sostenía que el poder político es un elemento esencial de la sociedad; dentro de él está el derecho, que es fuerza principal para hacer realidad los ideales sociales creando las condiciones del honor y la felicidad; para ello es preciso que las ruedas de la administración de justicia funcionen correctamente⁷⁴. Jerome Frank por su parte está especialmente preocupado porque las sentencias judiciales puedan ser erróneas y perjudicar al ciudadano. Y considera igualmente que un juez que acepta sobornos es deshonesto⁷⁵. Frank escribió que el descubrimiento de la función fundamental desempeñada por los prejuicios y la personalidad del juez interesa sobre todo para facilitar la tarea de hacer justicia⁷⁶. Llegó a afirmar que nadie decente podría rechazar los principios fundamentales del derecho natural tomista sobre la conducta humana; principios que ha de aplicarse teniendo en cuenta las diferencias de circunstancias de manera que podrían formar un “pragmatismo

⁷² Cfr. R. Pound, *Law and Morals*, cit., pp. 113 y ss. R. Pound, “The Revival of Natural Law”, en *Notre Dame Lawyer*, 17 (1942), pp. 314. R. Pound, “Natural Natural Law and Positive Natural Law”, en *Natural Law Forum* 5 (1960), per totum. Wolfgang Fikentscher nos ha recordado el rechazo de Pound a un derecho natural de racionalidad absoluta. Cfr. *Roscoe Pound...*, cit., p. 99-100. Según L. García Ruiz, Pound nunca dio el paso en dirección hacia una teoría del derecho natural de validez universalmente objetiva. Pensaba que los ideales son necesarios en el derecho, pero no tienen carácter absoluto. Cfr. *Derecho, intereses y civilización: el pensamiento jurídico de Roscoe Pound*. Granada, Comares, 2002, pp. 251 y ss.

⁷³ Cfr. R. Pound, “The Revival...” cit., pp. 322 y ss.

⁷⁴ Cfr. H. Yntema, “Legal Science and Legal Reform”, en *Columbia Law Review* 34 (1934), p. 227.

⁷⁵ Cfr. J. Frank, *Derecho e incertidumbre*, cit., pp. 98-99, 102. Sobre las preocupaciones reformistas vid. Solar Cayón, *El realismo jurídico...*, cit., pp. 35.

⁷⁶ Cfr. J. Frank, *Law...*, cit., p. 134.

escolástico”⁷⁷. De todas formas, no queda claro el alcance de ese tomismo y de esa concepción de la justicia. Llewellyn también mencionó brevemente al derecho natural, al que identifica como ideales que dirijan una mejora de la práctica jurídica, mediante su empleo en la transformación del derecho mediante la interpretación de reglas y el desenvolvimiento del *case law*⁷⁸. Llewellyn no precisa el contenido y origen de tales ideales. Lo cierto es que la mayoría de los realistas, influidos por la Filosofía pragmatista, giran en torno a criterios utilitaristas⁷⁹. Algo bastante parecido a lo defendido por el mismo Pound.

Desde luego, Felix S. Cohen sí tenía claros el papel decisivo de la moral en la sentencia judicial y el carácter de esa moral. Si el derecho es la predicción de lo que harán los jueces, en ella es preciso incluir los valores éticos del juez, que inevitablemente influyen en esa decisión. Explica que esa tarea predictiva está a cargo del jurista, pero no del juez; en efecto, desde el punto de vista judicial no tiene sentido hablar de previsibilidad de la conducta propia, sino de averiguar cuál es la decisión correcta y esa cuestión tiene carácter moral⁸⁰. Cohen considera que el derecho no es inteligible sin tener en cuenta su pretensión de conseguir una buena vida social y, tras discutir diversas propuestas, apuesta por una moral de corte hedonista⁸¹. No obstante, rechaza el escepticismo radical y el nihilismo ético, que impiden el respeto de la personalidad⁸². En cualquier caso, Cohen rechaza que los valores morales tengan carácter dogmático o broten desde la conciencia misma; son “hechos de la vida cotidiana”, pero diferentes de los meros hechos sociales que la ciencia describe empíricamente; y en esa diferencia reside la importancia de la

⁷⁷ Cfr. J. Frank, “Legal Thinking...”, p. 17.18. En *Derecho e incertidumbre* (p. 78) también cita a Santo Tomás como ejemplo de la necesidad de cierta discrecionalidad para atender a la variabilidad impuesta por las dificultades al establecer los hechos.

⁷⁸ Vid. K.N. Llewellyn, “One <<Realist’s>> View of Natural Law for Judges”, en *Jurisprudence*, cit., pp. 111-115.

⁷⁹ Cfr. G. Tarello, op. cit., p. 32, nota 68 y p. 55.

⁸⁰ F.S. Cohen, “The Problems of a Functional Jurisprudence”, en *Modern Law Review* 1 (1937), pp. 16-17.

⁸¹ Cfr. F.S. Cohen, *Ethical Systems and Legal Ideals. An Essay on the Foundations of Legal Criticism*. Nueva York, Hartcourt, Bruce and Co., 1933, pp. 198 y ss. Así lo ve James Herget. Cfr. op. cit., p. 180.

⁸² Cfr. F.S. Cohen, *Ethical Systems...*, p. 156.

moral para el derecho. Porque la ciencia no puede decidir moralmente; aporta los datos, pero no puede juzgar. El derecho parte del conjunto de hechos sociales que proporciona la ciencia social, pero los problemas jurídicos implican valores a la hora de decidir sobre lo justo y ese enjuiciamiento no puede llevarlo a cabo la ciencia social⁸³. Cohen menciona cierta “sensibilidad moral” que aporta los principios, pero no la aclara. Parece pensar que la moral está formada por criterios morales compartidos en la sociedad acerca de aquello que interesa conviene: una explicación pragmatista de la vida moral. A partir de estas opiniones, es comprensible que I. Solar Cayón afirme que el realismo jurídico no era un mero positivismo pegado a los hechos y desentendido de valores, aunque la fundamentación de éstos no quede clara en estos juristas⁸⁴. Añadiría que esa dificultad era inevitable, porque desde el empirismo profesado resulta difícil derivar valores o criterios éticos que vayan más allá de un mero utilitarismo particular y egoísta, algo que no parecen aceptar; hablan de justicia, buena vida, etc., lo que presupone nociones más universales que trascienden la empiria. Sin embargo, los realistas no se ocuparon de este problema: sus afirmaciones de corte más hermenéutico no acababan de ser compatibles con el sustento más empírico-pragmatista de su epistemología⁸⁵.

En cualquier caso, la relevancia de su preocupación por los valores la muestra su querencia política⁸⁶. Por ese motivo, en algunos asuntos no admitieron la

⁸³ Cfr. F.S. Cohen, “Modern Ethics and the Law”, en *Brooklyn Law Review* 4 (1934), pp. 36 y ss.

⁸⁴ Cfr. J.I. Solar Cayón, *El realismo jurídico...*, cit., pp. 96, 195 y ss. en las que sostiene que Jerome Frank no podía, desde sus presupuestos, afirmar un orden inmutable de valores.

⁸⁵ Mortimer J. Adler piensa que Frank y los demás realistas están “adoctrinados” por una descripción unilateral de ciencia basada en el pragmatismo filosófico y en un empirismo radical, y no muestran ninguna preocupación por conocer los dogmas filosóficos –muy discutibles, según Adler– que suponen esas corrientes. Cfr. op. cit., p. 363. Yntema contestó las críticas de Adler y adujo que la ciencia jurídica formal que éste propugnaba no respondía a la realidad del derecho. Yntema reclamaba atención a la vida, pero dentro de una ciencia jurídica empírica. Cr. H. Yntema, “The Rational Basis...”, cit., p. 929 y ss. Aunque sin referirse a los realistas, Francisco Carpintero ha mostrado las aporías de una ciencia jurídica rígidamente empirista, que no consigue dar cuenta de las situaciones y necesidades reales de las interacciones humanas. Cfr. F. Carpintero, *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1988, pp. 222 y ss.

⁸⁶ Christopher Wolfe ve paralelismos entre el gran cambio que se produce en el *judicial review* hacia una mayor creatividad judicial y el nacimiento del Realismo, aunque no exista

creatividad judicial, sino el judicial *restraint* ante la competencia del legislador y de las agencias federales; así hicieron con las cuestiones económicas impulsadas por el *New Deal*⁸⁷. Los realistas pensaban que, al ser el lenguaje inevitablemente ambiguo, lo es también el de la Constitución y no hay razones para preferir la interpretación del Tribunal Supremo a la realizada por un legislativo legitimado democráticamente⁸⁸.

5. La incertidumbre inevitable

Los realistas han aparecido habitualmente en los debates metodológicos como extremistas y exagerados. Así los vio ya Roscoe Pound. Criticaba que Frank negase toda posibilidad de certeza ofrecida por las reglas. Pound admitía la precisión de la crítica de Frank a la jurisprudencia tradicional, pero afirmaba también que esa crítica era insuficiente para constituir una auténtica ciencia jurídica. Aunque el derecho no sea un cuerpo cerrado de reglas aplicables mecánicamente, la técnica jurídica, aplicada a los materiales jurídicos vigentes, es capaz en la práctica de mantener la incertidumbre dentro de límites tolerables⁸⁹. Jerome Hall también

relación de causa efecto, sino la emergencia de un cambio de mentalidad en la profesión jurídica. Vid. C. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review*. Nueva York, Basic Books, 1986, pp. 7 y ss. Con independencia de su adscripción al Realismo, parece que la tendencia del Tribunal Supremo se tornó favorable a comportamientos más creativos frente a la mera aplicación de la Constitución. Vid. J. Stone, “A Government of Laws and Yet of Men, being a Survey of Half a Century of the Australian Commerce Power”, en *New York University Law Review* 25 (1950), p. 457.

⁸⁷ Cfr. S.M. Feldman, *American Legal Thought From Premodernism to Postmodernism*. Oxford University Press, 2000, p. 112. Ch. Wolfe, *The Rise...*, p. 6.

⁸⁸ Cfr. J.I. Solar Cayón, *Política y Derecho...*, cit., pp. 135 y ss. Sobre las relaciones estrechas entre el Realismo americano y las pretensiones políticas intervencionistas del *New Deal* vid. M.C. Curtis, “Realism Revisited: Reaffirming the Centrality of the New Deal in Realist Jurisprudence”, en *Yale Journal of Law and Humanities* 27 (2015), pp. 157-200. Incluso participaron en la redacción de obras legislativas, como Llewellyn en el *Uniform Commercial Code*.

⁸⁹ Cfr. R. Pound, *The Ideal Element in American Legal Decision*, cit., págs. 699-709. También critica el hincapié excesivo que hacen los realistas en los factores psicológicos de la decisión judicial. Más recientemente, el juez J.O. Newman indicaba que la teoría de los realistas, según la cual la decisión siempre es el primer paso de la actuación judicial, es una explicación “extrema” del razonamiento jurídico que no responde a la realidad del proceso.

negó la veracidad de la que consideraba característica central de los discípulos más radicales de Holmes (los realistas): la total falta de certeza en el derecho es total y la reducción del razonamiento jurídico a una mera decisión emocional que posteriormente se vista con reglas⁹⁰.

En tiempos más recientes, un defensor del renovado formalismo jurídico como Frederick Schauer piensa que el realismo jurídico describe con cierta veracidad del comportamiento del Tribunal Supremo de los EE.UU. cuando trata cuestiones constitucionales que implican aspectos ideológicos; en cambio, en los tribunales inferiores, aunque las leyes no se apliquen mecánicamente y factores extrajurídicos tengan un papel más importante de lo que el modelo tradicional suponía, los elementos jurídicos explican buena parte de la toma de decisiones. Y es posible, estima Schauer, que el principal factor determinante en la interpretación de las leyes fuera el significado ordinario de las palabras de la ley⁹¹. Es verdad que muchas veces las reglas se aplican mecánicamente en la vida cotidiana, pero también que en la primera instancia judicial son frecuentes las dificultades para conocer los hechos o el sentido de la norma, y es precisamente esa vertiente judicial la que interesó a los realistas⁹². No puede negarse la lucidez de muchas de sus advertencias, si no las convertimos en recetas absolutas para entender toda la vida jurídica.

En cualquier caso, la concepción actual de la certeza parece haber abandonado las ideas de previsibilidad total y se contenta con la exigencia de argumentos (materiales y metodológicos) que hagan admisible la sentencia en el contexto de un orden jurídico concreto⁹³; desde ese punto de vista, los realistas ya no parecen tan

J.O. Newman, "Between Legal Realism and Neutral Principles. The Legitimacy of Institutional Values" en *California Law Review* 72 (1984), pp. 202-216 202.

⁹⁰ Cfr. J. Hall, *Living Law of Democratic Society*. Indianápolis, The Bobbs-Merrill Co., 1949, pp 42 y ss. Es también la opinión de Reuschlein (op. cit., p. 192).

⁹¹ Cfr. F. Schauer, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Trad. T.J. Schleider. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 152-153.

⁹² Esta es la clave para entender el realismo americano, según J.I. Solar. Cfr. "Algo de realismo...", cit., p. 189.

⁹³ Cfr. C. Faralli, "¿Certeza del derecho o <<derecho a la certeza>>", en *Anuario de Derechos Humanos* 4 (2003), p. 78. Faralli se refiere a Frank como ejemplo de crítica radical al modelo tradicional de certeza (pp. 61-72). Gianmarco Gometz explica que la certeza es una cuestión de grado: el que no pueda alcanzarse siempre de forma absoluta no debe llevar a afirmar su imposibilidad. Vid. *La certeza jurídica como previsibilidad*, cit., pp. 153 y ss.

“escandalosos”, porque hoy todos parecen admitir que la certeza, en el grado sumo, sí es un mito.

Jerez de la Frontera, 20 de octubre de 2017