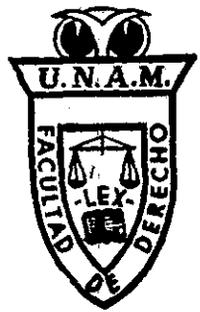


173  
2ef

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**



**EL MOVIMIENTO DEL REALISMO  
JURIDICO AMERICANO  
UNA VISION CRITICA INTEGRAL**

**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
VICTOR GALEANA VILLASANA**

**ASESOR: LIC. JAVIER ROMO MICHAUD**

**CIUDAD DE MEXICO**

270273 OCTUBRE DE 1998

**TESIS CON  
FALLA L. 58**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



México D.F., a 12 de octubre de 1998.

**MTRA. MARÍA ELODIA ROBLES SOTOMAYOR  
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO,  
DE LA FACULTAD DE DERECHO, DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
P R E S E N T E**

**Estimada Maestra Robles:**

Me dirijo a usted con toda atención, para comunicarle que el alumno Víctor Galeana Villasana con número de cuenta 9457097-7, ha concluido el trabajo de investigación que presenta como TESIS PROFESIONAL, y que debidamente fue inscrito en ese Seminario a su digno cargo. El título del referido documento que someto a su consideración es: "EL MOVIMIENTO DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO. UNA VISIÓN CRÍTICA INTEGRAL".

Por lo anterior, le solicito a usted con toda atención, que de no existir inconveniente, se sirva disponer la correspondiente ORDEN DE IMPRESIÓN a fin de que el interesado esté en posibilidad de continuar con sus trámites recepcionales.

Sin otro particular, me es grato reiterar a usted las seguridades de mi respeto y amistad.

**ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**

**LIC. JAVIER ROMO MICHAUD  
Profesor de Asignatura Definitivo  
Del Colegio de Filosofía del Derecho**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO  
Of. Núm. 118/ 98

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACION ESCOLAR  
DE LA U. N. A. M.  
PRESENTE.

El alumno Victor Galena Villasana, elaboró en este Seminario bajo la dirección del Lic. Javier Romo Michaud, el trabajo de investigación intitulado: "EL MOVIMIENTO DEL REALISMO JURIDICO NORTEAMERICANO"

La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F., 23 de noviembre de 1998.

MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR  
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFIA  
DEL DERECHO

MERS/\*msh.

**A TI LEVANTO MIS OJOS ,  
TÚ QUE HABITAS EN EL CIELO;  
HACIA TI MIS MANOS TIENDO,  
DOY GRACIAS A TU NOMBRE POR TU AMOR Y VERDAD,  
SEA TU AMOR CONSUELO PARA MÍ.**

**SALMOS 119;123**

**Dondequiera que voy me encuentro con tu rostro  
El camino de mi vida tiene muchos rostros tuyos,  
Todo el tiempo te miro y me veo a mí.  
Eres el color que ilumina mi existencia.  
Sentado junto a ti he visto pasar la vida.  
Juntos Padre estaremos por siempre porque yo soy tu ser.**

**Las palabras, Madre, me llevan a ti,  
pero nunca podrán expresar lo que yo te amo.  
Estoy lleno de ti, porque todo lo abrazas tú,  
siempre habrá algo de ti que irá conmigo.  
Has estado conmigo desde mi comienzo,  
transformando mi alma a cada instante.**

**Hermano: El mundo en ti es un vaso que el espíritu atraviesa  
Tienes los ojos de mi infancia, mis recuerdos se enredan con los tuyos.**

**Tú me has hecho mirar el universo a través de tu alma.**

**“.....Sabes lo que yo ignoro  
Me aprendo en ti más que en mí mismo.  
Eres como un milagro de todas horas.”**

**Javier: Como mi amigo  
me has enseñado que la amistad es como un sueño en voz alta,  
como mi maestro  
me has enseñado que los amigos son los hermanos que nosotros elegimos,  
y al hablarte como a un hermano  
tú siempre me escuchas, me haces sentir que no estoy solo y que puedo  
encontrar en tu presencia un tesoro invaluable.**

***"EL DERECHO ES VIDA Y LA VIDA CAMBIA"***  
**OLIVER WENDELL HOLMES**

## ÍNDICE DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO PRIMERO

#### I. MARCO TEÓRICO

- A. El pensamiento jurídico Anglosajón
- B. El *common law* en el Derecho Inglés
- C. El *common law* en los Estados Unidos de América

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO CONCEPTUAL DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

- A. Antecedentes Históricos
- B. Antecedentes Ideológicos
  - 1. Teoría Sociológica del Derecho
  - 2. La Jurisprudencia Sociológica
- C. Realismo Jurídico Escandinavo
- D. Marco conceptual del Realismo Jurídico Americano
- E. Directrices teóricas del Realismo Jurídico Americano
- F. Postulados Ideológicos del Realismo Jurídico Americano

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **III. PRINCIPALES EXPOSITORES DEL REALISMO AMERICANO Y SUS APORTACIONES**

**A. Oliver Wendell Holmes**

**B. Karl N. Llewellyn**

**C. Jerome Frank**

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **IV. MOVIMIENTO ANTIFORMALISTA Y PRINCIPALES CRÍTICAS AL REALISMO JURÍDICO AMERICANO**

**A. Autores antiformalistas relacionados con el Realismo Jurídico Americano**

- 1. Benjamín N. Cardoso**
- 2. Carlos Cossio**
- 3. Joseph W. Bingham**
- 4. Hesel Ytema**
- 5. Walter W. Cook**
- 6. Félix Cohen**
- 7. Alf Ross**

**B. Principales críticas al Realismo Jurídico Americano**

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCIÓN

Hacia fines del siglo pasado, la Ciencia Jurídica estuvo dominada en los Estados Unidos de América por un positivismo de tipo lógico-sistemático que colocó a la Jurisprudencia<sup>1</sup> en fuerte oposición con el poderoso desarrollo industrial y social de la época. Esta situación generó una profunda renovación de los estudios jurídicos en todo el país, orientada principalmente a privilegiar el análisis de los datos *a partir de la experiencia judicial para comprender los problemas jurídicos.*

La transformación de la conciencia jurídica norteamericana se encontraba dominada por el método sociológico y encontró sustento en la idea de que el derecho estriba en la conducta judicial y la ciencia jurídica consiste en una predicción metódica de ese comportamiento.

Se rompió de esta manera con criterios hasta entonces ampliamente aceptados, que limitaban la función del juez a la tarea de desarrollar formalmente los *conceptos normativos*; en adelante, los jueces se considerarían como creadores y no simples aplicadores del derecho.

La personalidad del juez se constituyó como un factor determinante, debido a que, al incorporar en la Teoría Jurídica el complejo de los factores sociológicos y psicológicos que gravitan sobre los jueces, se inicia la etapa de la jurisprudencia sociológica y del realismo jurídico en los Estados Unidos de América. El objeto de la presente investigación se centra en este último, aunque también en la Europa nórdica se desarrolló con aspectos semejantes otra vertiente del enfoque realista del derecho, conocida como Realismo Jurídico Escandinavo.

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo el término Jurisprudencia se utiliza en su sentido original, es decir, como estudio o teoría del derecho, y no como la fuente formal que consiste en la interpretación judicial de la ley.

El "Realismo Jurídico Americano" logra tener éxito en los Estados Unidos animado por el propósito de alcanzar una reforma legal liberalizadora, y tiene su sede en los campos de los problemas de la interpretación y de la aplicación práctica del Derecho. Fue determinante para su desarrollo el ambiente de libertades, el sentido pragmático y la influencia ideológica del utilitarismo y del intuicionismo, así como los factores sociales y económicos peculiares de la nación norteamericana.

Este movimiento filosófico, a diferencia de otros, no constituye una escuela surgida en el ámbito académico, debido a que en él están comprendidos en su mayoría una gran cantidad de autores y juristas prácticos, esto es, jueces, ministros, magistrados y abogados litigantes, los cuales a pesar de encontrarse separados por agudas divergencias acerca del contenido propio de la función judicial, se vinculaban en su visión práctica de los fenómenos jurídicos. Es determinante la experiencia en la función judicial de varios autores realistas, para concebir al derecho preponderantemente a partir de la función judicial. La investigación jurídica se hace de manera empírica, circunstanciada, histórica y socialmente localizada. Las conclusiones no pretenden lograr un valor absoluto, sino relativo, pues se encuentran limitadas por una serie de notas temporales, espaciales y sociales.

Los autores realistas buscaron reivindicar la función judicial, toda vez que consolidaron la idea que tiene la actividad del juez como creadora del derecho, considerando al derecho no como un fin, sino como un medio para el logro de determinados objetivos sociales. Así mismo analizaron la influencia ejercida por los cambios sociales en las decisiones judiciales, que suelen ser más rápidos que la evolución jurídica, y rechazaron con firmeza la idea de que la lógica sea el único método jurídico posible.

El Derecho consiste, para este movimiento, en la predicción del comportamiento judicial, contemplando en todo momento el cúmulo de factores que gravitan sobre el comportamiento humano y que de alguna manera lo determinan. Esa predicción

debe efectuarse interpretando las normas y precedentes como expresión de un acto de voluntad influido por consideraciones de orden sociológico y psicológico, amén de las tradicionales consideraciones históricas.

La Política, la Sociología, la Economía y la Psicología son consideradas como factores de alcance general, cuya relevancia trasciende el ámbito de los fallos dictados en el pasado para proyectarse en la conducta de los jueces, tanto en el presente como en el futuro.

En este trabajo de investigación pretendo realizar una valoración crítica y a la vez objetiva de la corriente filosófica denominada "Realismo Jurídico Americano", ubicándola en un contexto más amplio, a efecto de poder apreciarla en su verdadera dimensión.

El análisis integral de este movimiento, encuentra fundamento en la profunda convicción de que el proceso de conocer tiene un carácter dinámico, que nos lleva a replantear constantemente las ideas y nos convierte en proyectos abiertos al entorno. Esto nos conduce a reconocer la amplitud y complejidad del pensamiento filosófico, y a observar los aspectos constitutivos del fenómeno jurídico, como son las normas, las necesidades sociales y los valores.

De los capítulos que conforman el presente trabajo, se desprenden argumentos tendientes a destacar el eminente lugar que debe ocupar el "Realismo Jurídico Americano" en el pensamiento filosófico del presente Siglo, en razón de su afán por descubrir el sentido funcional del Derecho en la vida humana, basado en un marco normativo y sobre todo en razón de su intento por armonizar la concurrencia de intereses y por resolver los conflictos suscitados entre éstos, de acuerdo con pautas axiológicas. En este contexto, la trascendencia del movimiento realista radica en el planteamiento de un nuevo marco de referencia para abordar el estudio de los fenómenos jurídicos.

Este trabajo pretende entonces, revalorar una corriente del pensamiento filosófico-jurídico que ha engrandecido en gran medida el análisis jurídico. Estudiarla en el contexto y circunstancias en las cuales surgió, así como los efectos que ocasionó en su tiempo, y destacar la vigencia de sus propuestas.

La Filosofía del Derecho no es una materia que deba quedarse reducida al estrecho ámbito académico. Sus expectativas y sus pretensiones se encaminan a resolver problemas del hombre y su realidad. El realismo americano de alguna manera nos recuerda eso mismo. La filosofía no es etérea, por el contrario, es profundamente práctica.

# **CAPÍTULO PRIMERO**

## **MARCO TEÓRICO**

***“CON BASE EN LA TEORÍA Y EL ENFOQUE  
INDIVIDUAL DEL INVESTIGADOR, SE DEFINEN  
LOS PRINCIPALES CONCEPTOS QUE  
CONSTITUIRÁN EL FUNDAMENTO DE LA  
ARGUMENTACIÓN DEL TRABAJO”***

**PEDRO ANTONIO LAMPREA RODRÍGUEZ**

## CAPÍTULO PRIMERO

### I. MARCO TEÓRICO

#### A. EL PENSAMIENTO JURÍDICO ANGLOSAJÓN

El presente análisis no es precisamente de Derecho comparado, sino de pensamiento jurídico comparado; ya que tiende a dilucidar sobre las características propias del pensamiento jurídico anglosajón, en función comparativa con la Filosofía del Derecho del continente europeo y de Hispano-América.

En un primer momento debemos destacar que nos encontramos ante la presencia de dos diferentes grupos culturales, incluidos plenamente dentro del mismo marco de la cultura occidental, ya que ésta se manifiesta tanto en la *Europa continental* y en *Hispano-América*, como en la *Comunidad Británica de Naciones* y en los *Estados Unidos de América*.

A pesar de las marcadas diferencias que imperan entre estos dos modelos de pensamiento jurídico-filosófico, debemos consignar la existencia de una *influencia recíproca en cuanto al fondo de sus planteamientos*, situación que genera indefectiblemente una relativa unidad entre ellos.

En la producción filosófico-jurídica del continente europeo en el siglo XX hallamos gran variedad de doctrinas, cuyas discrepancias resultan evidentes; sin embargo existe cierta unidad en cuanto a la problemática abordada por ellas, como en la terminología.

Latinoamérica ha producido creaciones originales de pensamiento jurídico que han enriquecido a la filosofía jurídica de Occidente. Pero en gran parte, la *meditación hispanoamericana* es homogénea a la europea; ya que se ha

interesado por las mismas cuestiones, se ha inspirado en las mismas fuentes y ha llegado a ellas empleando una metodología similar, es por ello que el pensamiento europeo y el latinoamericano forman un mismo grupo.

Debemos destacar que existen diferencias entre el mundo jurídico anglosajón y el continental. Cabe precisar que las diferencias son meramente formales, hasta cierto punto superficiales, en virtud de que radican primordialmente en la diversidad de enfoque, fuentes, estructura y método, en este contexto, el contenido de las normas de ambos círculos jurídicos, es sustancialmente el mismo.

### **La Ley en los Sistemas Continentales y en el Common law**

El Derecho continental es predominantemente legislado y codificado, pese a ello, no excluye totalmente el Derecho consuetudinario, ni la facultad creadora de las resoluciones de los tribunales. En los sistemas de esos lugares el jurista suele tomar como punto de partida los preceptos legislativos, y de los mismos deduce consecuencias por vía de inferencia, o por medio de razonamientos analógicos; es decir, se considera a la ley no sólo como la norma que regula una determinada situación, o un determinado tipo de situaciones, sino que se le toma además como el suministro de principios a partir de los cuales se puede y aún se deben extraer conclusiones para campos análogos.<sup>1</sup>

En cambio, el sistema anglosajón encuentra su fundamento tanto en los precedentes jurisprudenciales, como en la costumbre y atribuye máxima preeminencia sobre la ley a la decisión de los tribunales. Este sistema se desarrolla a través de una entidad actuante de un modo eficaz: *el common law*.

---

<sup>1</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis "Concordancias y diferencias entre el pensamiento jurídico norteamericano y la filosofía del derecho europeo-hispanoamericano". En Anuario de Derecho Universidad de Panamá. Año 2. No. 2, Panamá, Panamá. (1956) 35-42.

El *common law* se constituye como un conjunto heteorgéneo de normas y criterios, algunas de esas normas se fundan en costumbres medievales, en decisiones regias, manifestadas a través de las resoluciones de los tribunales ordinarios y también de los tribunales de equidad. El *common law* se entiende como un cuerpo jurídico de carácter ilimitado, porque alberga dentro de sí, siempre, -explícita o tácitamente- el principio oportuno para resolver cada uno de los problemas prácticos que en el mundo del Derecho pudieran presentarse. Esta interpretación del *common law* presenta características análogas a lo que en Francia constituye el Código Civil de Napoleón, según los autores de la escuela de la exégesis.

En el sistema del *common law* el Derecho está constituido, por el cuerpo de reglas tradicionales establecidas por la costumbre y formuladas en las sentencias de los tribunales, salvo en aquellos casos en que exista una norma legislativa. Esto significa que las reglas contenidas en las leyes son consideradas como meras regulaciones de excepción. La regla general es la aplicación del *common law*; las excepciones son aquellos sectores respecto de los cuales el legislador ha establecido leyes determinadas.

Esta concepción trae consigo dos repercusiones. La primera implica que los tribunales interpretarán la ley de manera restrictiva es decir, que los tribunales no deben proyectar los principios de las leyes más allá del campo expresamente abarcado por ellas.

La segunda consecuencia origina que la aplicación de las leyes esté subordinada a lo que los tribunales entiendan como procedente. Éste no constituye una característica peculiar del *common law*, sino una nota universal y necesaria de todo sistema jurídico, puesto que Derecho efectivo es, no lo que pueda parecer que dicen las normas formuladas, sino la interpretación individualizada que de esas normas realiza el órgano jurisdiccional.

En el *common law* el órgano jurisdiccional es la instancia que va a decidir sobre lo que será efectivamente Derecho positivo, se entiende que el órgano jurisdiccional tiene el deber de ser fiel a las normas establecidas por el legislador, tiene la obligación de obediencia a esas reglas. Derecho es lo que el órgano jurisdiccional considera que dicen las normas. Pero lo que sucede en el *common law* no es solamente esto, que ocurre en todos los sistemas jurídicos. Es algo más, es la aceptación del principio de que al juez corresponde determinar hasta qué punto y dentro de qué márgenes el legislador tiene competencia para irrumpir con sus propias normas en el sistema del *common law*, y le corresponde también determinar el modo de articulación de los preceptos legislativos en el orden jurídico tradicional. Se considera que quien sabe efectivamente lo que es Derecho es el juez. Aunque se admita el poder del legislador para emitir normas referidas a determinados tipos de situaciones, es sin embargo al juez, a quien corresponde decidir hasta qué punto y con qué alcance tales normas legislativas son válidas.<sup>2</sup>

### Los estudios Jurídicos en los sistemas continentales y en los del *common law*

El estudio del Derecho consiste en el sistema continental europeo e hispanoamericano, en indagar cuáles son las normas legislativas vigentes, así como las otras reglas admitidas por la ley, tales como principios, costumbres, jurisprudencia, etcétera; una vez averiguadas las normas vigentes, hay que interpretarlas, sacar de ellas las soluciones a que puedan dar lugar atendiendo a las realidades concretas. En el momento en que el juez se enfrenta a situaciones que no han sido previstas por las normas legislativas o reglamentarias, ni tampoco por las consuetudinarias, es decir, al encontrarse frente a la presencia de lo que se denomina "lagunas" en las fuentes del derecho se plantea el problema de colmar esos vacíos. Para resolver tal problema en un primer momento se tratan de encontrar los criterios contenidos dentro del mismo ordenamiento legislado –

---

<sup>2</sup> Idem.

los principios generales-; si este intento falla, entonces se buscan precedentes jurisprudenciales; si no los hay, entonces el órgano jurisdiccional tiene que buscar por sí mismo la norma, pero cuidando siempre de que ésta no discrepe del espíritu que inspira el orden legislado. Así pues, el estudio del Derecho en los sistemas continentales consiste en el estudio de las leyes, en la interpretación de éstas, y en las tareas complementarias aludidas.

Por lo que se refiere al estudio científico del Derecho, ha prevalecido un notorio deseo de elaborar una ciencia sistemática del Derecho positivo. A esto contribuyen varios factores entre los que destacan: la tradición duomilenaria de la ciencia jurídica iniciada en Roma; la vocación por la teoría, que es característica tanto de la mente latina como de la germánica; y contribuye así mismo de modo decisivo el hecho de que no sólo los códigos, sino también la mayoría de las leyes emanan del legislador con una cierta estructura sistemática. El pensamiento continental ha sido mucho más ordenado. Abundan los tratados de Filosofía de alto nivel, cada uno de los cuales en su época, ha constituido un logro innegable: Stammler, Del Vecchio, Radbruch, Kelsen, Renard, etcétera.

En el estudio del *common law* existe un sistema implícito, pero se trata de un sistema mucho más laxo, muy fragmentado y bastante difuso.

El método del *common law* consiste en el estudio de los fallos judiciales, en virtud de qué las sentencias no sólo dictan la norma jurídica individual o concreta aplicable al caso en litigio, sino que manifiestan la norma jurídica en vigor, de tal suerte, el estudio del Derecho se hace seleccionando las sentencias en las cuales se considera que han hallado expresión las normas jurídicas en vigor para cada una de las instituciones.

Para el *common law* el derecho no está contenido fundamentalmente en las leyes, ya que éstas representan tan sólo la excepción frente al gran cuerpo del derecho vigente, cuyos perfiles se presentan difusos y cuyo contenido es

relativamente indeterminado. Por tanto hay que buscar el Derecho en la jurisprudencia de los tribunales, ya que es en los fallos judiciales donde el Derecho vigente se hace visible.

### La Teoría General del Derecho y la Filosofía Jurídica

En el mundo británico así como en los Estados Unidos, las escuelas de Derecho son esencialmente centros de preparación profesional para el ejercicio de la abogacía o de la judicatura, y sus planes de estudio no suelen contener materias ajenas al Derecho positivo, el cual de acuerdo a lo aducido anteriormente se enseña por el método del comentario de sentencias (*case method*).

El pensamiento jurídico anglosajón se ha producido en forma espontánea, y en su mayor parte, al margen de actividades estrictamente universitarias o académicas, ya que este pensamiento, ha sido elaborado por jueces, magistrados, abogados, cuyo quehacer cotidiano en el ejercicio de su profesión jurídica y en sus proyecciones prácticas, les incitó a la meditación filosófica. Es la producción de un pensamiento filosófico-jurídico que no obedece a un propósito previo, sino que se viene suscitando, estimulado por una exigencia espiritual; exigencia espiritual encaminada a resolver problemas prácticos, pero a un nivel de dignidad intelectual. El pensamiento jurídico anglosajón goza de un alto grado de autenticidad y originalidad, porque ha alcanzado un desarrollo integral bajo la presión de las necesidades y de los estímulos dimanantes de la práctica del Derecho.

Durante el desenvolvimiento del *common law* hubo una etapa en la que el estudio del Derecho positivo y el de la Teoría General, así como de la Filosofía Jurídica se encontraban estrechamente implicados, en tanto que para resolver el caso planteado, el juez tenía que derivar la norma, directamente de las fuentes de la Justicia y la razón.

Esta vinculación se vulneró al imponerse la doctrina que establecía de manera rígida el deber de atenerse estrictamente a los precedentes jurisprudenciales; simultáneamente cobró fuerza una técnica muy desarrollada para seleccionar la regla aplicable al caso concreto, dicha técnica generó la sistematización del *common law*; en este contexto, en el mundo británico y en los Estados Unidos, la Teoría y la Filosofía Jurídicas se cultivaron de manera independiente del estudio del Derecho positivo. El comienzo de esta separación se halla probablemente en la obra de Jeremías Bentham, y en la fundación de una Doctrina General del Derecho por Austin bajo el nombre de Escuela Analítica de Jurisprudencia.

Mientras los autores continentales conciben al Derecho como un conjunto de normas ordenadoras de la convivencia y ponderación sociales, los autores anglosajones lo entienden como el procedimiento para resolver los conflictos de interés, para fallar los pleitos, para sentenciar las causas penales; de manera pacífica, con arreglo a criterios de justicia, tendiendo a la creación y consolidación de un ordenamiento organizador de la vida colectiva.

Resulta importante destacar que la preocupación por la Justicia existe en todos los autores; sólo que los continentales se han dedicado a elaborar una cimentación firme, sólida, rigurosa, de la estimativa jurídica, sobre bases epistemológicas y ontológicas del pensamiento metafísico. En cambio los autores anglosajones se han preocupado de extraer las consecuencias del Derecho Natural, con vistas en primer lugar, a la función jurisdiccional y en segundo lugar a la actividad del legislador.

Los autores anglosajones han puesto en claro que la labor judicial es siempre creadora, lo cual no implica colocar al juez por encima del Orden Jurídico Positivo, significa que el juez es una pieza esencial del Orden Jurídico Positivo. En la historia se han conocido regímenes jurídicos sin legislador, pero no sin juez. La función jurisdiccional es esencial en todo Orden Jurídico; primitivo o

superdesarrollado; oriental u occidental; en todas la épocas de la historia, en cualquier situación de cultura.

La preocupación capital de los pensadores norteamericanos ha sido hallar la solución justa y legítima del caso planteado, del litigio concreto con estricto apego a Derecho. Ahora bien, para ellos no basta con pensar en los intereses de la justicia, y de los valores por ésta implicados; además, es preciso proceder a un conocimiento a fondo del sentido y del alcance de los hechos implicados en el litigio, lo cual requiere de un enfoque y un estudio de tipo sociológico. En palabras del maestro Recaséns Siches, "lo que la jurisprudencia sociológica tiene de sociológica es tan solo un método instrumental al servicio de una mejor estimativa jurídica concreta"<sup>3</sup>.

El Derecho Natural ha sido una elaboración filosófica, una doctrina, una teoría que ha ejercido una enorme influencia en la formación del derecho positivo. Una de las razones que explica por qué en el continente europeo, particularmente en Francia, fuese posible el desenvolvimiento del positivismo, obedece a la creencia de que, los textos de derecho positivo del siglo XIX, habían realizado de una manera satisfactoria las exigencias del Derecho Natural.

Pero ya en el desempeño de las funciones jurídicas prácticas, en el ámbito continental, el trato del jurista solía limitarse al contacto con las fuentes de Derecho Positivo, de manera especial con las leyes y los reglamentos. En cambio, el mundo anglosajón ha suministrado un número menor de teóricos del Derecho natural. Pero en la realidad jurídica efectiva, el Derecho Natural se ha hallado casi siempre presente, porque constituye el contenido subyacente del cuerpo *normativo que integra el common law en el que se encuentran una serie de fuentes, decisiones judiciales y precedentes, en donde, los que, como lo señala el Dr. Luis Recaséns, "responden a un extenso repertorio de principios jurídicos*

<sup>3</sup> Recaséns Siches, Luis. "El pensamiento jurídico anglosajón y el europeo". En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. IX No.3 Madrid, España, (1965) 177.

básicos, de tinte jusnaturalista, de los cuales pueden irse extrayendo, frente a cada nueva realidad, nuevas consecuencias"<sup>4</sup>.

La acción de la Filosofía Jurídica en el mundo anglosajón ha sido más eficaz y más influyente de lo que se ha construido en Europa a nivel teórico, pero con una resonancia incipiente en el mundo de la práctica. Así pues, durante los últimos decenios del siglo pasado y a lo largo del presente siglo, la vocación axiológica, esto es, la vocación por los enfoques valorativos, ha sido algo más real, más eficaz, en el desenvolvimiento del *common law*, que en el área continental.

A los autores anglosajones no les preocupa tanto la fundamentación teórica de la axiología o Estimativa Jurídica, ni el desenvolvimiento de una Doctrina de Derecho Natural, ya que privilegian en todo momento las aplicaciones o consecuencias prácticas de ese Derecho Natural, sobre todo al nivel de las decisiones jurisprudenciales.

No se trata de prescindir de las fuentes positivas, pero sí, sobre todo, de interpretar esas fuentes positivas siempre de acuerdo con una idea de Justicia, con una visión filosófica, aunque concreta, la más correcta de esa idea de Justicia. En síntesis tratan de buscar para cada caso la decisión más justa, de acuerdo con el Derecho.

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 181.

## B. EL COMMON LAW EN EL DERECHO INGLÉS

### Derecho común (*common law*) y Equidad (*equity*)

A continuación se hace una breve reseña del *common law* en Inglaterra, simplemente como un antecedente que permita comprender con posterioridad el sistema norteamericano. El *common law* nació en Inglaterra en la Edad Media (hacia el siglo XII) con la creación de los Tribunales Reales; el término *common law* significa el cuerpo jurídico que proviene de sentencias emanadas de los tribunales. Las decisiones se basaron en las costumbres de las tribus germanas que habitaban la isla. Este sistema jurídico prevalece en el Reino Unido y en la mayoría de los países que fueron colonias inglesas.

El sistema del *common law* se formó en aras de centralizar el poder en manos del rey. Los jueces viajaban por todo el país seleccionando las mejores costumbres convirtiéndolas en base de la ley inglesa. La realidad de este proceso consistió en que los jueces estaban confirmando la autoridad del Estado central y de las instituciones legales, a diferencia del periodo feudal anterior, donde se encontraban dispersas y fragmentadas.

En la segunda mitad del siglo XII, la autoridad central había establecido su procedencia a través del establecimiento del *common law*. Enrique II creó los primeros tribunales reales de justicia, con jueces profesionales y un método racional de procedimientos que aplicaban reglas fijas y comunes a todo el territorio.

Las reglas del *common law* se entendían como un cuerpo jurídico no escrito, basado en la costumbre y la tradición; estas reglas fueron reconocidas y aplicadas en las sentencias escritas por los jueces de los tribunales. Para el siglo XV, tanto las reglas como el procedimiento se habían vuelto tan rígidas que no

siempre daban resultados justos, y el Canciller, en reacción estableció otro sistema adicional de tribunales *courts of equity* (tribunales de equidad).

La *equity* se convirtió en un conjunto de normas elaboradas y aplicadas (a lo largo de los siglos XV y XVI) por la jurisdicción del Canciller, a fin de completar, y en su caso revisar el sistema del *common law* que había resultado insuficiente, en este sentido la *equity* aplicaba reglas y procedimientos más flexibles para dar resultados justos cuando no había remedio en los tribunales de *common law*<sup>5</sup>.

Los dos sistemas de tribunales y de Derecho (*equity* y *common law*), tuvieron una vida paralela durante varios siglos; pero con la limitación desde principios del siglo XVII, de que cuando existiera una incompatibilidad entre las reglas del *common law* y las del *equity*, deberían prevalecer estas últimas. La unificación de ambos sistemas se consumó en el siglo XIX, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América. Todavía en algunas jurisdicciones, se reconocen distinciones entre reglas de *law* y reglas de *equity*, pero en la mayor parte de los casos las reglas de la *equity* se han incorporado en la jurisprudencia del *common law* en general.

Hoy en día, la distinción entre el *common law* y la *equity* no radica en lo que fue antiguamente; la *equity* tiende a convertirse en el conjunto de materias que se estima convenientemente hacer juzgar según un procedimiento escrito, en tanto que el *common law*, es el conjunto de materias que serán juzgadas de acuerdo con un procedimiento oral.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Vid. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas; U.N.A.M. Edit. Porrúa México 1994. pág. 539.

<sup>6</sup> Para ahondar en las diferencias existentes entre el sistema del *common law* y la *equity* el lector puede consultar el libro de Sivert Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita, Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Edit. Harla, México, D.F. 1996. pág. 59.

## **El Sistema Judicial del Gobierno Inglés**

Las Leyes de la Corte Suprema de Judicatura de 1873 y la Ley de las Cortes de 1971 llevaron a cabo una reestructuración de carácter integral del sistema judicial inglés. Esencialmente se constituyó como un sistema unitario, en virtud de que todas las cortes civiles y penales, conducen a la Corte de Apelación y a la Cámara de los Lores.

Las Cortes Ordinarias en Inglaterra por lo general se clasifican en inferior y superior. Las cortes inferiores son: la Corte de Condado y la Corte de los Magistrados, tienen competencia limitada geográficamente y de acuerdo a la naturaleza de la materia incluyen las cortes civiles y criminales respectivamente.

Las Cortes Superiores pertenecen a la Suprema Corte de Justicia que esta integrada por dos instancias; la primera por las Cortes de la Corona y la Alta Corte, y la segunda por las Cortes de Apelación.

### **Cortes de Condado**

Instituidas por la Ley de las Cortes del Condado en el años de 1846, se constituyen como cortes inferiores y ordinarias. Actualmente están reguladas por la Ley de las Cortes del Condado de 1984, resuelven casos menores en materia civil; son Cortes de primera instancia con apelación directamente a la Corte de Apelación.

Las Cortes del Condado están presididas por un juez de Distrito, el cual por lo general resuelve solo, aunque existe la posibilidad en algunos casos, de un juicio con un jurado compuesto de ocho personas <sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Vid. *Ibidem*, pág. 59.

### **Cortes de los Magistrados**

Son competentes para resolver principalmente asuntos penales menores. Funcionan como tribunales colegiados sin jurado. Por lo general emplean ciudadanos ordinarios, es decir legos, pero cuidadosamente seleccionados para *impartir Justicia*.

En contraste con un procedimiento más tardado y caro, ante las Cortes de la Corona; los delitos de carácter menor son juzgados sin jurado, con la ventaja de la rapidez y bajo costo de la audiencias, la principal desventaja es una alta posibilidad de condena.

Con base en la ley de Procedimientos Domésticos y Cortes Magistrales de 1978 y en la Ley de los Niños de 1989; las Cortes de los Magistrados pueden conocer ocasionalmente de asuntos civiles, como procedimientos de adopción, de pensión alimentaria, solicitudes para la residencia y tienen el poder de dictar órdenes de protección personal y órdenes de exclusión en caso de violencia matrimonial.

### **Cortes de la Corona**

Fueron instauradas por la Ley de las Cortes en 1971. Son cortes penales pertenecientes a la Suprema Corte de Justicia.

Se integran por jueces de la Alta Corte y por jueces de Circuito. Éstos son designados por la reina con la recomendación de Lord Canciller y son escogidos entre personas que tienen 10 años en la Corte del Condado o en la de la Corona. Las decisiones de las Cortes de la Corona son apelables ante la Corte de Apelación.

## Alta Corte

La Ley de la Judicatura de la Suprema Corte de 1873 creó la Alta Corte, al juntar las cortes de jurisdicción civil que habían sido formadas poco después de la conquista normanda. La Alta Corte estaba constituida por cinco divisiones:

- a) División de la Cancillería (*Chancery Division*);
- b) División de la Banca del Rey (*King's Bench Division*); la
- c) División de los Juicios Ordinarios (*Common Pleas*); la
- d) División del Fisco (*Exchequer Division*) y la
- e) División de Sucesiones, Divorcio y Almirantazgo (*Probate, Divorce and Admiralty*).

En 1880 la División del Fisco (*Exchequer Division*) y la División de los Juicios Ordinarios (*Common Pleas*) se fusionaron con la División de Sucesiones, Divorcio y Almirantazgo. Distribuyendo sus responsabilidades entre la División de la Banca de la Reina (*Queen's Bench Division*), la División de la Cancillería (*Chancery Division*) y la División de la Familia (*Family Division*).

La estructura divisional es parcialmente ilusoria, cada una de las tres divisiones tienen competencia para conocer de cualquier causa sometidas a la Alta Corte de Justicia, aunque las reglas de la Alta Corte expresan una distribución de los asuntos para separar divisiones.

Dos o más jueces de la División de la Banca de la Reina (*Queen's Bench Division*) conoce las apelaciones contra las resoluciones de las Cortes de los Magistrados y las Corte de la Corona.

## Corte de Apelación

La Corte de Apelación es parte de la Suprema Corte de Justicia y conoce en apelación de segunda instancia de las resoluciones dictadas en materia civil por la Alta Corte de Justicia y en materia penal por las Cortes de la Corona. La jurisdicción civil incluye apelación de la Alta Corte, Cortes del Condado y de algunas cortes y algunos tribunales administrativos. La sección criminal escucha apelación de la Corte de la Corona principalmente <sup>8</sup>.

Los Lores de Justicia de apelación son los principales jueces en la Corte de Apelación. Las decisiones de Apelación son rendidas por un cuerpo colegiado compuesto por tres jueces.

## Cámara de los Lores

El papel judicial de la Cámara de los Lores es anterior a su función legislativa. Actualmente su función principal es la ser la Corte de Apelación más alta. Ésta Cámara no se incluyó dentro de la Suprema Corte de Justicia, debido a la oposición del Parlamento.

El Comité de Apelación está integrado por el Lord Canciller y por los lores de apelación, llamados Lores de la Ley (Law Lords).

La Cámara de los Lores conoce de apelación contra las resoluciones dictadas por la Corte de Apelación. La Cámara no conoce más de 30 o 40 asuntos al año, los cuales son examinados por cinco o siete lores, lo que emiten su fallo del asunto por separado; si no hay mayoría se rechaza la apelación.

---

<sup>8</sup> Ibidem, pág. 62.

## Fuentes del Derecho. Precedente

El precedente, la legislación, la costumbre, la razón y la doctrina, constituyen Las fuentes del Derecho Inglés.

En los sistemas del *common law* la mayoría de las reglas que se aplican provienen de la jurisprudencia de casos litigados y no de leyes o decretos. En este contexto, el derecho inglés es un derecho jurisprudencial, que se ha formado desde tiempos remotos por medio de la resolución de casos concretos.

La función de los jueces en los inicios del *common law* era averiguar cuál era la costumbre y declararla. Una vez hecha la declaración de una costumbre quedaba establecido un precedente que sentaba jurisprudencia obligatoria y al surgir de nuevo un caso similar, ya no era necesario buscar cuál era la costumbre; puesto que tenían a la mano una declaración de ella para fundar el fallo. Poco a poco de esta manera, se estableció y evolucionó el precedente jurisprudencial

Cuando los jueces dictan sus sentencias, establecen por escrito las reglas que, a causa de la tradición del principio *stare decisis*, tienen vigencia dentro de la misma jurisdicción. De esta manera los precedentes se fueron utilizando para resolver casos similares, y cuando no había precedente se acudía a la costumbre. Los precedentes son las decisiones de casos análogos al examinado y contienen el derecho vigente de manera no codificada.

La doctrina del *stare decisis* consiste fundamentalmente en la regla que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares. La excepción a la regla del *stare decisis* se da cuando un tribunal superior decide no atenerse a un precedente formulado, el precedente será anulado (*overruled*) y sustituido por uno nuevo, más adecuado a la contexto histórico que se vive.

En el sistema jurídico Inglés el precedente del tribunal jerárquicamente superior es obligatorio para el inferior y el primero se obliga por el sentido de sus propios precedentes, en tanto que no opere una anulación (*overrullig*). De tal suerte, precedentes de tribunales con el mismo rango jerárquico no tienen autoridad mandatoria sino persuasiva, es decir, pueden ser invocados como fundamentos en argumentaciones y el juzgador decide el grado de influencia que debe otorgarles.

Un Tribunal Inferior puede desvincularse de un precedente del Tribunal Superior solamente cuando establece las diferencias (*distinction*) entre el caso en examen y el caso objeto del precedente.

En este contexto señala el maestro Mario Losano, que frente a un caso concreto, "el juez debe preguntarse cómo se han decidido casos análogos. La situación más frecuente es que ya exista un ordenado núcleo de sentencias que determinen con claridad la decisión a tomar, ateniéndose a ellas, el juez dictará entonces una sentencia que entrará a formar parte del *common law* como una declaración de precedente (*declaratory precedent*) que continúa una determinada jurisprudencia: Sin embargo, puede suceder que el juez no encuentre precedentes para una nueva situación, en este caso decidirá según los principios generales de derecho y su sentencia se convertirá en un precedente original al que deberán referirse los jueces en casos posteriores. De este modo un derecho conservador consigue adaptarse a cada nueva situación social y económica"<sup>9</sup>.

El tribunal que dicta una sentencia muy probablemente utilizará el mismo criterio en sentencias futuras en casos semejantes; es entonces cuando, por virtud de su naturaleza vinculante, la sentencia original se convierte en precedente de las posteriores, y dicho criterio deberá ser igualmente observado por los tribunales jerárquicamente inferiores. Todo ello a efecto de brindar seguridad, certeza y continuidad al derecho.

---

<sup>9</sup> Losano Mario, Los grandes sistemas jurídicos, Debate Editorial, Madrid, 1982, pág. 174.

Esta práctica ha desarrollado la doctrina conocida como *stare decisis et non quieta movere*, es decir acatar decisiones y no abrogar reglas establecidas, esta doctrina se constituye como la base del gran poder judicial que caracteriza al Sistema Jurídico Inglés y en general a los sistemas inscritos en la tradición del *common law*.

La doctrina del precedente, misma que establece que todo tribunal vincula al inferior y a sí mismo, se refleja en la jerarquía que organiza a los tribunales ingleses. La Cámara de los Lores se encuentra ubicada en el nivel más alto, sus decisiones judiciales vinculan a todas las cortes inferiores; sus resoluciones poseen mandato de autoridad (*mandatory authority*) para la totalidad de la judicatura inglesa con excepción de los propios lores, en la inteligencia de que su comité de apelación puede, anular (*overruling*) un precedente y sustituirlo por otro.

La Corte de Apelación se encuentra vinculada por las decisiones previas generadas en la Cámara de los Lores. Las decisiones de la Corte de Apelación constituyen precedentes vinculantes para sí misma y para los tribunales inferiores

Las resoluciones de la Alta Corte vinculan a las cortes inferiores en jerarquía aunque tales decisiones no vinculan a jueces de otras Altas Cortes, son una autoridad persuasiva y tienden a ser acatadas en la práctica. La Alta Corte también se encuentra vinculada por las decisiones de cortes superiores. Las Cortes de la Corona no pueden crear precedentes y sus decisiones únicamente son de autoridad persuasiva. Las Cortes del Condado y las Cortes de los Magisterios no crean precedentes.

El precedente tiene dos partes integrantes de gran importancia, que son la *ratio decidendi* y la *obiter dictum*. La primera constituye el aspecto sustantivo o toral de la decisión y de ella emana el Derecho, es la declaración de la Ley aplicada en la resolución de un problema legal concreto. En ella radica la vinculatoriedad del precedente. A esta *ratio* se remiten los jueces y con base en

ella deciden si ese precedente se adapta o no al caso concreto controvertido. La *obiter dictum* se encuentra constituida por las opiniones e informes que el juez incluye en la sentencia y que sin dejar de contribuir, no son determinantes.

En el sistema del *common law* el abogado tiene que consultar toda la Jurisprudencia Judicial aplicable, que generalmente se publica en colecciones oficiales, para saber las reglas específicas conforme a las cuales se resolverá el caso. Aún cuando se trate de un caso regido por una ley, será necesario consultar la jurisprudencia para conocer la interpretación que se ha dado a la ley, ya que tal interpretación es obligatoria conforme al *stare decisis* ya explicado.

Las maestras Consuelo Sirvent y Margarita Villanueva, explican la forma en la que se ordenan los precedentes, de la siguiente manera, "los medios para el conocimiento de los precedentes han tenido siempre una gran importancia, por lo anterior se brinda un amplio servicio de información para proporcionar acceso a las decisiones judiciales; desde 1280 aparecieron los anuarios (*year books*) que eran la colección de fallos judiciales correspondientes a un año. Luego aparecieron los reportes (*law reporting*), estos son reportes oficiales que han sido completados con recopilaciones previas. Actualmente de acuerdo con la tecnología moderna se ha establecido el programa de cómputo "lexis", para el almacenamiento de casos en computadora" <sup>10</sup>.

### Legislación

El Parlamento constituye el poder soberano que establece las Leyes, él cuenta con la facultad para promulgarlas, revocarlas o alterarlas como considere conveniente.

A diferencia de los sistemas neorromanistas, la concepción tradicional inglesa, no considera a la Ley como un modo de expresión normal del Derecho,

<sup>10</sup> Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Margarita Villanueva Colín., op cit, pág 62.

ya que ésta se constituye como un cuerpo extraño al *common law*. Los jueces la aplican pero la norma que contiene la Ley sólo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que ha sido aplicada e interpretada por los tribunales, en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación. En palabras de las maestras Sirvent y Villanueva, "se tenderá a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino las sentencias en que se haya aplicado dicho texto legal, por tanto, hasta que una nueva ley no haya pasado por el matiz de la jurisprudencia de los tribunales, no constituye parte verdadera del derecho" <sup>11</sup>.

Cabe aclarar que Inglaterra no cuenta con una constitución escrita dotada de un valor superior a la ley ordinaria que esté codificada. Lo que los ingleses llaman constitución es el conjunto de normas de origen legislativo y más frecuentemente jurisprudencial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos y que ponen límites al arbitrio de las autoridades.

### Costumbre

En virtud de que el derecho Inglés es jurisprudencial y no consuetudinario, la costumbre se constituye como una fuente secundaria. En Inglaterra, las *costumbres locales* asumieron una importante función en la construcción y consolidación del *common law*, ya que brindaron ayuda a los jueces para resolver disputas específicas, pese a lo anterior cabe destacar la existencia de algunas costumbres locales separadas del *common law* las cuales generalmente incluían reglas que únicamente eran aplicables a un grupo muy reducido de personas dentro de una comunidad. Estas costumbres adquirieron un carácter de costumbre general y paulatinamente se incorporaron al *common law*. Actualmente la costumbre desempeña un papel de escasa importancia en el Derecho inglés.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág 71.

### C. EL *COMMON LAW* EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

A continuación se explican brevemente los antecedentes históricos del *common law* en los Estados Unidos de América, a fin de precisar el contexto y la evolución del entorno en el que surgió el Realismo Americano, ya que lo estimo indispensable para comprender ciertas características que encuentran su fundamento en el origen y desarrollo del Sistema Jurídico.

La colonización inglesa en la costa norteamericana del Atlántico se inicia durante el reinado de Isabel I de Inglaterra. El poderío colonial de España, de Portugal y Holanda había despertado en los Británicos el deseo de poseer tierras. En 1606 el Rey Jacobo I otorgó privilegios a dos compañías mercantiles llamadas Londres y Plymouth, para que realizaran expediciones al nuevo continente. A estas compañías, se les reconocía la propiedad de una determinada porción de las tierras que fueran ocupadas por ellas.

El Rey se reservaba la quinta parte de los beneficios que dichas empresas comerciales realizaban. Las colonias inglesas establecidas en América del Norte fueron fundadas, unas por las mencionadas compañías y otras por una sola persona denominada propietaria. Unos y otros debían estar autorizados por el rey; sus derechos y obligaciones eran consignados por el monarca en documentos llamados Cartas.

Los colonos súbditos de estas compañías conservaron los derechos de ciudadano inglés y estaban exentos durante siete años de todo tributo sobre artículos procedentes de Inglaterra; un Consejo nombrado por la corona dirigía la colonia y dictaba los reglamentos.

Los primeros colonos ingleses, en su mayoría abandonaron el Antiguo Continente deseosos de radicarse en el Nuevo Mundo para practicar sin temor sus creencias religiosas. "Eran hombres de voluntad firme, hondamente

convencidos de la excelencia de sus ideas, y no estaban dispuestos a doblegarse ante ninguna autoridad que quisiera desviar el curso de sus ideas. Su actitud intelectual frente a la religión se reflejó también en su organización política y administrativa en América" <sup>12</sup>.

Las colonias dependieron económicamente al principio del gobierno inglés; éste reglamentaba la industria y el comercio. Inglaterra consideraba a las colonias como mercados de adquisición y consumo; debían comprarle todos los artefactos y venderle las materias primas que necesitaban. Las fuentes económicas de vida de las colonias fueron: la agricultura, la caza, la pesca, la ganadería y la industria textil y naviera.

Los colonos ingleses al salir de su país para establecerse en el nuevo territorio, llevaron con ellos el Derecho de Inglaterra que existía en la época de su asentamiento, esto, debido a un famoso caso conocido como "Caso Calvino" que establecía: "el *common law* de Inglaterra es aplicable en principio; los ingleses lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas"<sup>13</sup>.

No obstante lo anterior, el Derecho inglés no fue aceptado íntegramente, debido por una parte, a que muchos de los colonizadores habían llegado a América disgustados con las instituciones de su país y no querían verse sometidos al mismo sistema legal; por otra parte, el sistema legal inglés no se adecuaba a las condiciones de vida de las colonias, ya que éstas eran muy distintas a las de Inglaterra, de modo que se guiaron por las enseñanzas de la Biblia; y algunas colonias como Florida y Louisiana se rigieron por el Derecho romano.

Los tribunales de Justicia, siguiendo la tradición inglesa, estaban formados por el pueblo mismo. Cada colonia, además de la Carta Real, tenía sus propias

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 77.

<sup>13</sup> Vid. Recaséns Siches, *op. cit.* pág. 39.

leyes. En el siglo XVIII los colonos empezaron a ver el *common law* en forma distinta, a raíz de la aparición de la obra "Comentarios sobre el Derecho de Inglaterra" de William Blackstone (1723-1780) la cual tuvo una enorme difusión en América y así el prestigio del sistema legal inglés fue en aumento hasta imponerse completamente.<sup>14</sup>

La Corona Inglesa se propuso intervenir directamente en el gobierno de sus colonias; pero desistió de su propósito en vista del espíritu de independencia de los inmigrantes. Los Padres Peregrinos se organizaron democráticamente. En 1637 debido al aumento de colonos que llegaban, por los conflictos en Inglaterra, Carlos I prohibió la emigración al nuevo mundo.

Apendinni y Zavala explican la situación de las colonias en los siguientes términos: "Las colonias de Norteamérica se dividían en tres grupos: las del Norte, las del Centro y las del Sur; en el Centro hubo variedad de religiones. No formaban las colonias una sola nación, vivían independientes y aisladas entre sí. Las gobernaban sendos gobernadores enviados por el rey en su representación. Sólo las del Norte lo elegían libremente. A partir de 1621 las colonias tuvieron gobiernos propios, con Asamblea de Diputados, Consejo de Estados y Gobernadores"<sup>15</sup>.

Para el año de 1732 existían las siguientes trece colonias: Massachussets, New Hampshire, Rhode Islands, Connecticut, Nueva York, Nueva Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia.

En 1754 se suscitaron una serie de conflictos entre ingleses y franceses, que originaron la "Guerra de los siete años" en Norteamérica, debido a que Canadá o Nueva Francia, de una parte, y Virginia, de otra, codiciaban desde hacía

---

<sup>14</sup> El jurista inglés William Blackstone (1723-1780) es autor de la más importante historiografía de las leyes inglesas, las cuales compiló en su obra intitulada "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra". Esta obra se constituyó como una guía invaluable para los jueces norteamericanos y consolidó la implantación del sistema inglés en las colonias.

<sup>15</sup> Apendini Ida y Zavala Silvio, Historia Universal moderna y contemporánea. Edit. Porrúa México, 1988, pág. 71.

años el Valle de Ohio. Los conflictos culminaron con la guerra franco-india que duró de 1756 a 1763. Ganó Inglaterra con la ayuda de sus aliados, los colonos norteamericanos. A partir de la Guerra de los siete años se inició la época revolucionaria, que había de transformar profundamente el mundo occidental. "La guerra tuvo las dimensiones de un conflicto mundial, librado en tres continentes y en todos los mares. En el marco de las tensiones coloniales, estos hechos constituyeron la base y sirvieron de estímulo y ocasión para que se originara el proceso histórico que, veinte años más tarde, maduró la revolución americana y el nacimiento de los Estados Unidos" <sup>16</sup>.

Jorge III, con su régimen personalista, con su actitud autócrata, hizo estallar el conflicto entre las Colonias Americanas y la Metrópoli. El descontento estaba latente en la mayoría de los colonos, los cuales protestaban por el monopolio comercial, industrial y económico ejercido por los ingleses; porque se les imponía casi en su totalidad, a los gobernadores; porque sospechaban que Inglaterra acabaría por fundir las trece colonias en un solo Virreinato y les impondría un gobernante y la religión anglicana; porque no se les consideraban plenamente sus derechos al no permitirles enviar representantes al Parlamento; porque se les vedaba colonizar libremente las tierras arrebatadas a Francia.

En 1774 los delegados de doce colonias se reunieron en un primer congreso, que recibió el nombre de "Primer Congreso Continental" para boicotear el comercio británico. Un año después se estableció un segundo Congreso Continental integrado por un selecto número de delegados, entre los que destacan las figuras de Washington, Franklin, Jefferson, Dickinson. Este segundo congreso asumió la función de gobierno nacional y las colonias proclamaron la guerra a Inglaterra en el año de 1775.

Durante el Tercer Congreso reunido en Filadelfia, los colonos se sintieron *libres de toda unión fraternal con Inglaterra y repudiaron su sistema y su gobierno.*

---

<sup>16</sup> Historia Universal, volumen IX UTEHA - NOGUER, España 1982, pág 1290.

Suscribieron la "Declaración de Independencia", redactada por Thomas Jefferson y aprobada por unanimidad el 4 de julio de 1776 por los representantes de las trece colonias. Cada Colonia eligió un grupo de individuos para que integrasen una convención que debía elaborar su propia constitución.

Las colonias se transformaron en Estados independientes o Repúblicas en mayo de 1776. La independencia de los Estados Unidos fue reconocida por Francia mediante la suscripción de un "Tratado de Comercio, Amistad y Alianza" en 1778, España y Holanda se adhirieron al mismo posteriormente. El gobierno francés brindó ayuda financiera y naval a los Estados Unidos. En 1781 los ingleses se rindieron y ambos países firmaron un documento conocido como "La Paz de Versalles", donde Inglaterra reconoció la independencia de los Estados Unidos.

"Una vez alcanzada la independencia resultaba necesario institucionalizar los vínculos entre las trece colonias, en 1776 se había presentado un estatuto de Confederación permanente, se discutió éste y fue aprobado por el Congreso. El art. 1º del Estatuto de la Confederación dio el nombre a la nación *The United States Of América*"<sup>17</sup>.

Al término de la guerra de independencia, la ineficacia del régimen confederado se puso de manifiesto, en virtud de que la Confederación era la representante limitada de una simple asociación de Estados independientes desde el punto de vista político y jurídico.

En su origen, los trece estados no deseaban conformar una unidad política. Se consideraban independientes respecto a la antigua metrópoli e independientes entre sí. Según las maestras Sirvent y Villanueva, "algunos políticos pensaban que si las necesidades de la guerra los había aglutinado, una vez consolidada la victoria no era obligada la confederación entre ellos, mucho menos la federación.

---

<sup>17</sup> Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Margarita Villanueva Colín, op. cit. pág.78.

No obstante grandes pensadores como Washington, Jefferson, Hamilton y Franklin opinaban de otra forma”<sup>18</sup>.

El día 21 de febrero de 1787 se convocó a una asamblea en Filadelfia, Washington fue electo presidente de la Convención. Ésta se constituyó a fin de revisar los artículos del “Estatuto de la Confederación” y presentar un dictamen al Congreso y a la distintas legislaturas sobre las alteraciones y adiciones para adaptarlo a las exigencias de gobierno y mantenimiento de la unión. Pero lo que resultó en Filadelfia fue una nueva Constitución.

El Congreso promulgó en 1787 la Constitución de la nueva República, aceptada por todos los estados y adoptada oficialmente en 1789. Los acuerdos tomados en 1787 están en vigor, salvo algunas enmiendas, aún en nuestros días a pesar de los cambios económicos y sociales que ha experimentado la nación.

Se creó un gobierno federal, para constituir a las 13 colonias en nación única con respecto a las naciones extranjeras. “La República Federal y democrática tiene, por una parte, el gobierno central con sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial; por otra, respeta al gobierno local de cada Estado y establece las relaciones que deben mediar entre ellos”<sup>19</sup>.

### El Common law

Durante los años de la guerra de independencia, los Estados Unidos tendieron a alejarse del *common law* que habían heredado de Inglaterra, por considerar que ese Derecho podía obstaculizar su sano desarrollo, ellos pretendían construir un Derecho nacional con tendencia a la codificación. Hasta mediados del siglo XIX continuó la pugna entre los defensores del *common law* y los de la codificación; finalmente Estados Unidos terminó por alinearse en el

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 80.

<sup>19</sup> *Enciclopedia Universal Nauta*, Tomo I, Madrid, 1979, pág. 280.

sistema del *common law*; la fuerza jurídica del precedente logró imponerse con algunas adaptaciones a la realidad del país; magistrados y jueces estaban muy acostumbrados a ese sistema como para sustraerse fácilmente de él.

El *common law* se constituye como el Derecho creado por las decisiones de los tribunales; paralelo a este Derecho nació en Inglaterra la *equity* que surgió, como un cuerpo de normas distinto del *common law* para corregir los excesos de éste. Tanto el *common law* como la *equity* fueron adoptadas como base del Derecho de los estados norteamericanos con excepción de Louisiana, a través de la aceptación judicial o mediante disposición expresa de la ley.

Como ya se apuntó, la práctica de basarse en el precedente se originó en el derecho inglés y fue incorporada en Estados Unidos como parte de la tradición del *common law*. Éste se fundamenta en la doctrina del precedente que establece la obligación de los tribunales de aplicar y atenerse a las decisiones de los tribunales superiores. No obstante en los Estados Unidos la regla del precedente judicial, presenta un matiz diferente al que se aplica en Inglaterra, en virtud de la tendencia a flexibilizarla, a restarle trascendencia y fuerza vinculante. Por tanto, la doctrina del precedente en los Estados Unidos no goza de la autoridad absoluta que tiene en Inglaterra, en donde las sentencias del tribunal superior respecto de los tribunales inferiores tienen valor vinculante absoluto.

En este sentido, en los Estados Unidos la fuerza del precedente es menor. El tribunal inferior debe seguir el precedente establecido por el tribunal superior, pero ningún tribunal se encuentra ligado por sus propios precedentes. Por otra parte, es frecuente que no se acate un precedente alegando que existen diferencias.

Las cortes federales de los Estados Unidos no temen reconsiderar una regla establecida anteriormente por ellas, y pueden anularla o reformularla de acuerdo con el cambio de circunstancias, ocurrido entre el lapso del caso anterior

y el actual. Cabe destacar que hasta que se anula o se revisa una regla, las cortes inferiores tienen la obligación de seguirla sin variación.

Otra característica especial del *common law* en los Estados Unidos de América, consiste en el papel que desempeñan los jueces durante los litigios civiles, criminales o administrativos. Se considera que la solución justa de un conflicto se producirá después de un riguroso debate y el desahogo de las pruebas presentadas por las partes contendientes. El papel del juez es el de un mero árbitro que aplica las reglas sobre el procedimiento y sobre la cuestión debatida.

La utilización del jurado resulta una cuestión de relevante importancia en el sistema de litigios, el jurado se integra por un grupo de ciudadanos (tradicionalmente doce, evocando el número de los apóstoles) que presencian el juicio y deciden sobre responsabilidad, culpabilidad, etc.

En los Estados Unidos se contemplan garantías constitucionales de acceso a jurado en casos civiles y criminales. Cuando se trata de un caso sometido a un jurado, el juez se limita a decidir cuestiones de procedimientos y de pruebas, o cuestiones sobre la aplicación de otras leyes o reglas del caso. Los hechos decisivos, como la culpabilidad o responsabilidad de una persona, pertenecen a la decisión del jurado. Por lo anterior se afirma que el juez decide cuestiones de Derecho, y el jurado decide cuestiones de hechos litigados. Cuando se trata de un juicio sin jurado, el juez decidirá cuestiones de Derecho y de hechos.

### **Poder Judicial**

Para explicar este apartado, seguiré la clasificación que presenta la obra de las maestras Sirvent y Villanueva. El Poder Judicial Federal se conforma por los siguientes tribunales: la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito de Apelación y los Juzgados de Distrito.

## **La Suprema Corte de Justicia**

Creada por la Ley Judicial expedida por el Congreso en el año de 1789 e inició sus labores en 1790.

Integración: Actualmente se integra por un presidente y ocho jueces.

Jurisdicción: De manera preponderante la Suprema Corte conoce de asuntos que versan sobre la interpretación de la ley o la intención con que el Congreso la haya legislado. No obstante, una significativa cantidad de asuntos de la Corte consiste en determinar si la legislación o los actos del poder Ejecutivo se ajustan a la Constitución. De manera adicional conoce de recursos de apelación provenientes de tribunales inferiores. Solo ante ella se puede apelar de un fallo emitido por la Corte Suprema.

## **Tribunales de Circuito de Apelación**

Actualmente existen 13 Tribunales de Circuito de Apelación en los Estados Unidos.

Integración: Se integran por tres magistrados.

Jurisdicción: En materia de apelaciones, y llevan a cabo la revisión de las sentencias de los Juzgados de Distrito, ubicados dentro de sus áreas.

## **Los Juzgados de Distrito**

Jurisdicción: Conocen asuntos de primera instancia en materia federal

Cabe destacar la existencia tribunales especiales, a los cuales se les llama legislativos, por haber sido creados a instancias del Congreso.

### **Tribunal de Reclamaciones:**

Creado en 1855, reside en la ciudad de Washington, distrito de Columbia.

Integración: un presidente y cuatro jueces.

Jurisdicción: competente para conocer de las reclamaciones de los particulares contra el gobierno federal.

### **Tribunal de Aduanas**

Integración: un presidente y ocho jueces.

Jurisdicción: tiene competencia exclusiva sobre mercancías importadas.

### **Tribunal de Apelaciones en Materia Aduanal y Patentes**

Integración: se compone de un presidente y cuatro magistrados.

Jurisdicción: conoce de los recursos de apelación contra fallos del Tribunal de Aduanas o de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos.

### **Fuentes del Derecho**

#### **Precedente jurisprudencial**

El sistema jurídico norteamericano se constituye como un sistema de casos (*case law*), ello implica que el juez debe acatar los principios contenidos en las decisiones precedentes. Este sistema encuentra fundamento en la doctrina del *stare decisis* la cual atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos.

Existen dos tipos de precedentes jurisprudenciales: los obligatorios y los de carácter persuasivo. Los obligatorios son los dictados por los tribunales superiores y vinculan a los inferiores. El tribunal inferior debe acatar la decisión establecida por un tribunal superior aunque no esté de acuerdo con este precedente en virtud de que el tribunal superior tiene el derecho y la facultad de revisar la actuación de aquél y revocar su sentencia; por lo que resultaría inútil que el inferior dictara un fallo que de antemano sabe que será anulado por el superior. Por tanto, se debe seguir el criterio ya fijado por la jurisprudencia y dictar la sentencia tomando como base el precedente y esperar que sean los mismos tribunales superiores los que reformen los precedentes que han creado. La obligatoriedad del precedente radica en la *ratio decidendi*, misma que se constituye como la parte total de la resolución; es el fundamento jurídico de la decisión del juez. Cabe destacar que un precedente también consta del *obiter dictum* que no tiene la importancia del anterior, ya que únicamente son observaciones de carácter accesorio.

Los precedentes persuasivos en cambio, se utilizan ante la inexistencia de jurisprudencia obligatoria al respecto; la jurisprudencia establecida por un tribunal superior de un Estado será obligatoria para los tribunales inferiores de ese Estado, pero en cambio no lo será para tribunales de otra entidad federativa, los cuales pueden utilizar el precedente, pero de manera persuasiva, es decir, no obligatoria.

Un tribunal de jerarquía superior, bien sea estatal o federal, podrá anular un precedente que haya establecido, pero no tiene efecto alguno sobre casos anteriores decididos de acuerdo con el antiguo precedente.

Debido a que los hechos de un caso no son idénticos a otro anteriormente resuelto, los abogados de las partes están obligados a compararlos con el caso en cuestión y, en otro sentido, a alegar que un precedente desfavorable es

diferente y que existen distinciones en cuanto al caso en cuestión y por tanto no debe aplicarse.

### Legislación

Como se ha venido apuntando, en los Estados Unidos existe un sistema de gobierno concurrente, entre los ámbitos federal y local, el federal rige para toda la nación, en cambio en el local, la jurisdicción se suscribe al territorio de cada uno de los estados.

### Constitución Federal

Promulgada en 1787; aceptada por todos los estados y adoptada oficialmente en 1789.

Los acuerdos tomados en 1787 están en vigor, salvo algunas reformas, aún en nuestros días a pesar de los cambios económicos y sociales que ha experimentado la nación. La constitución fue criticada por falta de una declaración de derechos. De manera adicional los miembros de la Asamblea Constitucional comprendieron que era necesario dar cierta forma elástica a la constitución para que se adaptase a las necesidades de los tiempos futuros; de aquí el procedimiento de enmiendas que figura en uno de los capítulos del texto constitucional, el cual permite añadir, suprimir y modificar las leyes cuando el Congreso representante de la soberana voluntad del pueblo, lo crea necesario.

Los Estados de la federación se comprometieron mediante el pacto *constitucional a respetarse mutuamente*, a reconocer los mismos derechos a los ciudadanos de cualquiera de ellos y de conservar para siempre la forma de gobierno republicana.

En 1789 se realizaron las diez enmiendas, que se conocen como la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), debido a que establecen la libertad de palabra y prensa, de reunión y culto, así como la protección contra el cateo ilegal; el derecho a un juicio justo y la protección contra castigos inusuales; la inviolabilidad del domicilio. Desde que se adaptó la Declaración de Derechos se han agregado otras 16 enmiendas a la Constitución.

La Constitución es la ley suprema del país y a ella están supeditadas todas las demás normas legales; la Corte Suprema de los Estados Unidos es árbitro final de todas las disputas sobre constitucionalidad.

La constitución se erige como el instrumento que fundamenta jurídica y políticamente a la nación Norteamericana. Durante su vigencia ha guiado y vigilado el sano desarrollo de las instituciones gubernamentales, y ha proporcionando las bases para la estabilidad política, económica y social del país.

Al decir de Apendinni y Zavala, "la Constitución de 1787, democrática por sus principios, elaborada sobre las ideas del derecho natural del hombre, sirvió de modelo para las futuras Constituciones republicanas del Continente Europeo y Americano, y se constituye como la más típica expresión del sentir de los liberales del siglo XVIII"<sup>20</sup>.

### **Tratados Internacionales**

Gozan de igual jerarquía que las leyes federales, y están supeditados solamente a la Constitución. Los tratados son firmados por el presidente de la República, con la aprobación del Senado por mayoría de dos tercios de los votos.

Los tratados internacionales formalmente celebrados y promulgados surten efecto pleno, sin necesidad de ley especial que los ponga en vigor.

---

<sup>20</sup> Apendinni Ida y Zavala Silvio, op.cit. pág. 245.

**CAPÍTULO SEGUNDO**

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS  
Y MARCO CONCEPTUAL  
DEL REALISMO AMERICANO**

***"SÓLO ES POSIBLE ENTENDER EL  
PRESENTE, CONOCIENDO EL PASADO"***

**HERODOTO**

## CAPÍTULO SEGUNDO

### II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO CONCEPTUAL DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

#### A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Pese a que el "Realismo Jurídico" tiene en Europa algunos antecedentes en grandes autores, no llega a convertirse en el viejo continente en una escuela con posibilidades de ejercer una verdadera influencia en los sectores oficiales y tampoco sobre la mayoría de los juristas.

El Realismo Jurídico logra tener éxito en los Estados Unidos de América durante el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales, animado por el propósito de alcanzar una reforma legal liberalizadora. Tal reforma, en un país en donde la legislación está limitada a la vez por el Derecho constitucional y por el *common law*, difícilmente hubiera podido ser realizada a través de la actividad legislativa ordinaria. Lo que se necesitaba era, en ciertos campos, una reforma constitucional, y en otros una invasión legislativa sin precedente de los dominios tradicionales del Derecho resultante de las decisiones de los tribunales, o un *cambio en la mentalidad judicial*. Esta última alternativa requería desde luego la reeducación de una generación de juristas, y el realismo jurídico puede enorgullecerse justamente de haber obtenido un éxito en esta tarea.

Por otra parte, este movimiento cobra una importancia relevante en virtud de la existencia de un abismo entre la norma jurídica como ésta aparece en los textos, y la realidad. Así mismo muestra una clara conciencia de la falta de correspondencia existente entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos, de tal suerte, los realistas estaban convencidos de que los casos concretos no se encuentran resueltos en las

proposiciones generales, con base en ello, el realismo americano defiende en todo momento la naturaleza creadora de la función judicial.

Se rompió de esta manera con criterios ampliamente aceptados que limitaban la función del juez para declarar la ley, y que habían logrado en las palabras de Montesquieu su expresión más gráfica, cuando afirmó que "el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley"<sup>21</sup>. El Realismo Jurídico Americano hace patente que los jueces son principalmente creadores y no aplicadores del Derecho.

Contra lo que pudiera pensarse, los autores de esta corriente no son del todo afines en todos sus planteamientos. El maestro Luis Recaséns explica al estudiar el tema, que "los abogados exponentes de esta corriente distan mucho de ser homogéneos entre sí. Por el contrario, en diversos temas mantienen puntos de vista discrepantes. El denominador común entre ellos consiste en su actitud escéptica respecto de la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales"<sup>22</sup>.

Los más destacados representantes del movimiento realista en América son: Oliver Wendell Holmes, Underhill Moore, Herman Oliphant, Walter W. Cook, Karl N. Llewellyn, Charles E. Clark y Jerome Frank. De manera adicional muchos otros juristas norteamericanos, entre ellos tanto profesores universitarios, como jueces y abogados, han publicado trabajos en los cuales se percibe una fuerte influencia de las directrices "realistas" y en los que además, se da un ulterior desarrollo, así como una aplicación concreta a dichas directrices.

Este movimiento nace como reacción al punto de vista predominantemente logicista sostenido por la Escuela Analítica de Jurisprudencia, de la cual John Austin fue su representante más destacado.

<sup>21</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Sépan cuántos, Porrúa, México, 1985, 56.

<sup>22</sup> Recaséns Siches, Luis. "El movimiento del Realismo Jurídico Norteamericano". En *Lecturas de filosofía del derecho II Tribunal de Justicia*. México, 1993. 165.

Esta escuela refiere al Derecho positivo como un mandato del soberano, no obstante, no dilucidó de manera satisfactoria el problema de saber si por soberano debe entenderse una realidad, o por el contrario, tan sólo un concepto mediante el cual ordenamos los datos jurídicos. Austin nunca resolvió este problema, sino que se mantuvo indeciso ante él. No obstante, Austin habla del soberano como de una determinada persona o un determinado grupo de personas (lo cual haría creer que se trata de una realidad); por otra parte, en su obra hay numerosos pasajes que parecen indicar que toda su teoría representa sólo una construcción jurídica de los hechos, es decir, que no pretende ser tanto una descripción sino una interpretación.

Por otra parte, el realismo jurídico representa un ataque muy violento contra la mística del *common law*, entendido como un cuerpo omnicomprensivo que se integra con normas y criterios para solucionar todos los casos que puedan presentarse <sup>23</sup>.

El Derecho americano conservó como fuente principal al poder judicial, la forma del *common law*, concentrada sobre el concepto de *rule of law*, esto es de supremacía y al mismo tiempo regla de derecho, a la cual toda la vida jurídica, comprendida la obra del legislador, debe sujetarse.

De este modo de concebir al Derecho, según Guido Fasso "surge la animadversión por las construcciones logicistas y por las elaboraciones conceptuales a partir de silogismos racionalistas; y a su vez aparece el interés por el caso concreto, puesto que la gran cantidad y variedad de decisiones judiciales, dificulta sustancialmente el conocimiento completo de los precedentes y constituye, aunado a los inconvenientes de orden práctico, un grave obstáculo para el estudio del Derecho" <sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Vid. Enciclopedia Jurídica Omeba, Dr. Luis Recaséns Siches, Tomo XXIV, 25. Voz. Realismo Jurídico Americano.

<sup>24</sup> Fasso, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho. Ed. Pirámide. Tomo 3. Madrid, España. 1970, 214.

En este contexto, en los Estados Unidos se generó una corriente de pensamiento integrada por varios juristas que trataron de buscar la realidad efectiva sobre la cual se apoya y de la cual emana el derecho vigente. Sin embargo, su aparición no sólo responde al deseo de oponer un contrapeso a las doctrinas formalistas; también se manifestó como consecuencia de una serie de circunstancias históricas, ideológicas, sociales y económicas, peculiares de la nación norteamericana. Es por ello que resulta conveniente estudiar de forma somera algunos de estos antecedentes.

Los primeros inmigrantes británicos que llegaron a territorio norteamericano, intentaron aplicar el sistema jurídico inglés; pero esto no fue posible, ya que no contaban con auténticos peritos en Derecho y sus circunstancias eran sumamente diferentes a las de Inglaterra. Como ejemplo de ello, basta mencionar que mientras en la isla europea la principal actividad económica era el comercio, en América del Norte lo era la agricultura, razón por la cual tuvieron que aplicar normas bastante rudimentarias. Posteriormente, cuando las actividades económicas aumentaron, se hizo necesaria la elaboración de normas más precisas, ante lo cual emularon algunos preceptos del derecho inglés.

*La configuración del sistema político norteamericano tiene una innegable repercusión en el antagonismo generado entre la metrópoli y las colonias. Frente al sistema monárquico y unitario inglés se levanta un Estado republicano y profundamente federal. La independencia produjo un divorcio jurídico de Inglaterra. Las colonias en esos momentos de emancipación, defendían enérgicamente sus peculiaridades. Aquella tensión separatista requería de un ordenamiento legal que buscara una auténtica coordinación social; para conseguirlo, no se necesitaban análisis idealistas que buscaran la esencia del derecho por la vía de la unidad material del mismo. Tampoco se basaron en concepciones formalistas, sino en un detenido estudio sociológico. La*

investigación social en la gestación del sistema jurídico norteamericano, fue por tanto fundamental.

El Derecho se relacionó entonces de manera estrecha con el análisis sociológico, por ello se dio preponderancia a la función judicial como medio para resolver los conflictos jurídicos, los cuales fueron concebidos como problemas sociales. En palabras del maestro Labarca, "la importancia de un estudio social e integrador en el derecho, se aprecia especialmente en la regla del precedente judicial, como la fuente más importante en el sistema jurídico americano. Ésta requería para establecer sus normas, de una justificación relacionada con las necesidades sociales"<sup>25</sup>.

A fines del siglo pasado, los Estados Unidos sufrieron una vertiginosa e inesperada transformación social, ya que evolucionaron de una colectividad en su mayoría rural, a una nación superindustrializada, lo cual presentó enormes desafíos al Derecho. En un país con una legislación incipiente y sin criterios legales definidos, sucede en opinión del maestro Luis Recaséns, que "la fuerza de la realidad conduce a que los nuevos desarrollos jurídicos no se efectúen por vía de legislación, sino por decisiones judiciales"<sup>26</sup>.

De esta manera, como asegura J.M. Romero, "las razones de los fallos judiciales se conciben así como sucesivas hipótesis explicativas de los fenómenos sociales, en el sentido más ajustado a las concepciones del método hipotético-deductivo"<sup>27</sup>.

La rapidez de los cambios operados en la postguerra (a partir de 1918), pusieron de manifiesto, una vez más, que la realidad no se ajusta a los casilleros diseñados por los juristas. Una de las aportaciones del Realismo Jurídico consiste

<sup>25</sup> Labarca Prieto, Domingo. "Breve visión del Realismo Jurídico Norteamericano". En Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile, Valparaíso ene-jun. 1978. 44.

<sup>26</sup> Luis Recaséns Siches, "El pensamiento jurídico anglosajón y el europeo", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1965, 184.

<sup>27</sup> Romero, J.M. "Entorno y antecedentes del realismo jurídico norteamericano", Revista de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense, Madrid, 1983. 149.

en establecer que el Derecho no puede ser entendido como un cúmulo de construcciones abstractas que tienden a operar en contraposición a la realidad jurídica imperante.

## B. ANTECEDENTES IDEOLÓGICOS DEL REALISMO AMERICANO

Al lado de las circunstancias históricas anteriormente expuestas, las cuales tuvieron una influencia decisiva en el surgimiento del Realismo Jurídico Americano, aparecen con igual importancia las de contenido ideológico. Los realistas retomaron algunas teorías europeas de los siglos XVIII y XIX; una de ellas fue el empirismo desarrollado principalmente por John Locke, que habría de resultar muy importante en ese momento específico de la historia americana. Su pensamiento, vinculado con las ideas de la Ilustración, que fueron dadas a conocer en América por Franklin y Jefferson, tuvo especial trascendencia para crear una conciencia popular y nacional después de la independencia, y con posterioridad, terminada la Guerra de Secesión, la nación americana requirió de un sistema cohesionante que fuera capaz de organizarla. Nuevamente, el empirismo, y un muy difundido sentimiento pragmático, ayudó a alcanzar la recomposición política y económica del país en los años posteriores a la Guerra Civil.

El Realismo consideró también algunos aspectos de la revolución burguesa, especialmente el racionalismo crítico que la acompañó. Buscó de igual modo, la manera de oponerse a la codificación exacerbada, producto de la dogmática jurídica que predominaba en Europa.

El pragmatismo se constituyó como una de las corrientes ideológicas que ejerció mayor influencia en torno al movimiento realista. El más destacado exponente de esta corriente fue quizá John Dewey.

Dewey es uno de los filósofos norteamericanos más reconocidos. Su concepción se califica como instrumentalismo. Éste, según la propia definición del autor, es un intento para constituir una rigurosa teoría lógica de los conceptos, juicios e inferencias, en sus varias formas, considerando principalmente cómo

funciona el pensamiento en las determinaciones experimentales de consecuencias futuras.

El pensamiento y la vida deben ser comprendidos como un organismo y un organismo, respectivamente, en un contorno, actuando sobre éste y reaccionando sobre éste. El pensamiento es un instrumento de readaptación. Las ideas son contactos imaginados, experimentos de ajuste. Pero el pensamiento no constituye una adaptación puramente pasiva, pues tal cosa implicaría sencillamente la muerte. Lo esencial en toda respuesta es el deseo de controlar el contorno. El problema de la filosofía no consiste en señalar cómo podemos conocer el mundo externo, sino de qué manera podemos controlarlo y rehacerlo, y con qué finalidades. La filosofía es la síntesis o coordinación del conocimiento y del deseo. El razonar de la mente no empieza con premisas sino con dificultades; entonces concibe una hipótesis, que se convierte en la conclusión para la cual busca las premisas; y luego somete la hipótesis a la prueba de la observación o del experimento.

Muchos de los estudios de este filósofo han enriquecido a la Sociología del conocimiento. El pensar se desenvuelve en un medio social y responde en mucho a las condiciones y a los problemas de éste. El individuo es tanto un producto de la sociedad, como la sociedad es un producto de los individuos que la componen. Insiste en que una serie de instintos o de tendencias, que erróneamente habían sido consideradas como naturales y permanentes, son producto de una configuración por la sociedad y pueden ser considerablemente modificados mediante una acción social diferente y mediante un proceso educativo.

En el ámbito de la filosofía jurídica, John Dewey afirmaba que "el derecho es un fenómeno social en su origen, en su propósito o en su aplicación, razón por la cual éste no puede ser planteado como si fuera una entidad existente por sí,

sino que debe ser discutido solamente en relación a las condiciones sociales en las que él mismo nace... el derecho es devenir”<sup>28</sup>.

El conductismo subraya el hecho de que el conocimiento del hombre se produce a partir de la repercusión que tiene en los demás, es decir, a través de sus relaciones sociales, es como se entenderá realmente al ser humano. Con todo lo anterior, resulta sencillo percibir el influjo que esta teoría tuvo para que los realistas americanos formularan sus ideas.

### **1. Teoría Sociológica del Derecho**

Roscoe Pound es la figura más reconocida del pensamiento jurídico norteamericano, dentro y fuera de los Estados Unidos. Fue un académico de gran solidez, decano de la Universidad de Harvard, fundador de la llamada Escuela Sociológica del Derecho, también conocida como Jurisprudencia Sociológica.

Aunque su teoría no se enfoca directamente a los temas del realismo, Pound subraya la influencia de factores culturales y sociales en las decisiones de los tribunales. Defiende un estudio estimativo de la norma, se preocupa por encontrar cuáles son las consideraciones de tipo sociológico que efectivamente influyen en la mente del juez. Así mismo, Pound buscó fundar, seguramente influido por la filosofía utilitarista de Bentham, una “Ingeniería Social”, que permitiera estudiar los fines perseguidos por el legislador en las distintas etapas; estos fines en las etapas sucesivas han consistido en la paz pública, la seguridad, la moralidad de conductas, y la satisfacción de necesidades. No se le considera como realista, entre otras razones porque en su concepto de derecho no considera a las decisiones judiciales.

Pound es reconocido como el director de la escuela llamada de la teoría sociológica del Derecho en Norteamérica; pero si bien es cierto que su obra ha

---

<sup>28</sup> Citado por Romero J.M. Op.cit., 155.

aportado valiosas contribuciones al estudio de los condicionamientos de lo jurídico, por las realidades sociales históricas, no es menos cierto que, en muchos aspectos, rebasa el marco de ese tema y se mueve en el campo de las especulaciones netamente filosóficas, en las que conquistó importantes logros.

La obra de Pound subraya el importante papel que la Filosofía jurídica ha ejercido en la historia del Derecho; es decir, pone de manifiesto cómo es que las reflexiones filosóficas han influido en la gestación de muchas normas positivas, así como en los cambios operados en muchas instituciones.

Este autor es un importante precursor del Realismo Americano. Su obra ha aportado valiosas contribuciones al estudio de los condicionamientos de lo jurídico por las realidades sociales e históricas. Replantea la aplicación del Derecho y realiza un estudio crítico de las normas, las instituciones positivas y las doctrinas; se propone pensar jurídicamente en términos de utilidad social, enfatizando el hecho de la interdependencia colectiva. De esta manera, Pound quiere ligar la Filosofía Jurídica con las necesidades de la época y a las preocupaciones del momento.

El decano de Harvard no creyó que hubiera normas jurídicas ideales, con validez eterna e inmutable, ya que el derecho debe cambiar cuando se transforman las situaciones sociales. De aquí que la validez de los ideales jurídicos sea relativa a determinados supuestos reales; es decir, que esté condicionada por las situaciones concretas de la sociedad.

La Sociología Jurídica propone tres usos distintos de la palabra Derecho: a) el orden jurídico positivo; b) el conjunto de criterios o directrices de que se sirve el juez o el funcionario administrativo para resolver los litigios; y c) el proceso de resolver los casos concretos según las normas y principios positivos vigentes.

El denominador común de estas tres acepciones consiste en la reglamentación social. Esta reglamentación ordena el campo de los intereses humanos, delimitando aquellos que deben obtener una protección y determina el alcance de esta protección.

La principal cuestión que se presenta para la Filosofía jurídica es la de hallar un criterio para armonizar la satisfacción de los intereses humanos. Pound concibe el fin del Derecho como el logro de un máximo de satisfacción armónica de los intereses humanos. La directriz del Derecho es la siguiente: dar tanta efectividad como sea factible al mayor número posible de intereses humanos, manteniendo una armonía y un equilibrio entre los mismos, que sean compatibles con la seguridad de todos ellos. El Derecho, además de proteger los intereses de los individuos debe dirigirse a la realización de los valores.

Tanto la norma general como la individualización de ésta en su aplicación a los casos singulares, constituyen dos elementos necesarios en la administración de Justicia. Aparte de las lagunas y de las contradicciones, que se den en las normas preestablecidas, siempre el juez necesita ejercer una función complementaria de la legislativa, una función de tipo administrativo, que tiene a la vista el caso concreto. Por otra parte, la administración, aunque tiende en mayor grado a tomar en cuenta los rasgos concretos del caso individual, no puede ignorar el aspecto universal de las situaciones, si no quiere poner en peligro la seguridad general.

En el proceso de aplicación del Derecho hay que lograr un equilibrio y una armónica colaboración entre ambos elementos: entre la regla general y las exigencias del caso concreto, es decir, el arbitrio y su limitación por la ley<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis. "Algunas reflexiones sobre el pensamiento jurídico contemporáneo en Norteamérica". *Revista "Orientación Jurídica"* Tomo I, Núm. 1 México, Septiembre 1945. 47.

## 2. La jurisprudencia sociológica

El movimiento realista llevó a cabo la más demoledora crítica de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo, en donde la hipótesis de la norma legislativa es la premisa mayor, los hechos concretos son la menor y la consecuencia jurídica que se dicta en el fallo es la conclusión.

Contra esa concepción un tanto simplista, se generó una reacción en las postrimerías del siglo pasado. Las primeras reacciones en el mundo anglosajón se produjeron dentro de la tradición positivista de la escuela analítica de jurisprudencia. Entre ellas la que tuvo más alcance y ejerció mayor influencia fue la de John Gray, quien en su obra "Sobre la naturaleza y las fuentes del Derecho" dio un paso en la dirección que más tarde conduciría a las tesis del Realismo Jurídico.

Gray distingue entre Derecho efectivo y fuentes del Derecho. El primero consiste en las reglas sentadas por los tribunales y aplicadas por éstos. En tanto que las fuentes de Derecho, son sólo los materiales en los que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales suelen ser los siguientes: leyes, precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales, costumbres y principios éticos. Una ley por sí sola aún no es Derecho, mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales. Al fin y al cabo, el legislador sólo emite palabras, las cuales entran en acción efectiva, únicamente a través de las sentencias de los tribunales. Es a los tribunales a quienes corresponde decir lo que esas palabras significan. Claro que hay límites para la facultad judicial de interpretación; pero esos límites son vagos, no están definidos con precisión. Todo Derecho efectivo es Derecho elaborado por los tribunales. En última instancia, el Derecho efectivo está constituido por las normas sentadas por el Supremo Tribunal de Justicia. En este contexto, el movimiento realista toma como punto de arranque las observaciones de J. Gray.

Este autor reconoce la acción creadora de los tribunales; pero sostiene que hay reglas generales, es decir, "que el derecho consiste en un conjunto de reglas generales y que las necesidades sociales requieren que se vaya introduciendo modificaciones en las normas jurídicas"<sup>30</sup>.

Según algunos autores que han estudiado al Realismo Americano, Oliver Wendell Holmes es considerado como uno de los integrantes de la escuela filosófica denominada jurisprudencia sociológica. Él fue uno de los jueces más célebres en la historia de los Estados Unidos, incluso llegó a ser ministro de la Suprema Corte. A partir de sus investigaciones, el Derecho se constituyó como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos sociales.

Para efectos de nuestro estudio, y siguiendo a ciertos autores expertos en el tema, su teoría no sólo constituye un antecedente, sino parte total de la Teoría Realista, por ello se analizará con más detalle en el próximo capítulo, pero por ahora resulta importante adelantar que su pensamiento surge como una reacción en contra de la indiferencia prevaleciente respecto del relevante papel que desempeñan los hechos sociales como elementos integrantes del fenómeno jurídico.

Holmes insiste en la necesidad de que el juez conozca y tome en consideración las necesidades sociales de la época, las teorías políticas predominantes, las convicciones explícitas o implícitas sobre el interés público, pues la vida del derecho no es sólo un proceso lógico, sino que contiene muchos factores de experiencia. En la creación de las reglas jurídicas, la lógica formal desempeña tan sólo un papel inferior. Por debajo de una forma lógica suele haber un juicio de valor, tal vez inarticulado e inconsciente, pero que no por ello deja de constituir la raíz y el nervio de todo el proceso. Sin embargo, no desdén la teoría ni los instrumentos lógicos; antes bien, trata de articular en íntima colaboración la razón deductiva con las intuiciones de la realidad social. Por mucha importancia

---

<sup>30</sup> Idem.

que dé al proceso judicial de interpretación y aplicación del Derecho, reconoce que en la actividad legislativa se acumula el mejor caudal de experiencia humana respecto de las necesidades sociales y el modo más conveniente de remediarlas

31

---

<sup>31</sup> Vid. Aftalión, Enrique y Villanova, José. Introducción al Estudio del Derecho. 2ª. ed. Abedelo Perrot, Buenos Aires. 1992. 315.

### C. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

El Realismo Jurídico tiene además de la vertiente americana, que es el objeto de esta tesis, otra conocida como "escandinava", la cual surgió en esa región en la misma época. Se trata de una curiosa coincidencia en la que ideas semejantes fueron planteadas en dos lugares diferentes más o menos en los mismos tiempos. Es algo parecido a lo que ocurre entre las teorías tridimensional e integral, de Reale en Brasil y Recaséns en España y México, respectivamente.

Las concepciones angloamericanas muestran estrecha similitud con las escandinavas por la tendencia común hacia el Realismo y el Empirismo, por esta misma tendencia se han diferenciado de las doctrinas jusnaturalistas y formalistas.

Este movimiento se desarrolló entre 1925 y 1940, en Suecia y en Dinamarca, y es uno de los que mayor interés despertaron entre los estudiosos de la Filosofía Jurídica. A diferencia del Realismo Americano, el escandinavo, no se refugia en la sistematicidad de los precedentes judiciales, aún a costa de algún grado de abstracción; y considera al Derecho como un conjunto de hechos sociales. Pone en el primer plano de su análisis a la conducta humana, así como a diversas actitudes e ideas relacionadas con ella.

Los principales exponentes del Realismo Escandinavo son: los suecos Axel Hägerstrom (1868-1939), quien es considerado como el iniciador de este movimiento, Vilheim Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980), y de manera sobresaliente, el danés Alf Ross (1899-1979).

Algunos realistas escandinavos como Olivecrona, entienden a lo jurídico mediante un predominante carácter externo, toda vez que consideran al Derecho como causa de ciertos efectos no jurídicos, pues éste puede generar también resultados de tipo social. Es de resaltar en este ámbito, la contrastante diferencia

conceptual con la Teoría de Kelsen que promete pureza metódica y desconoce cualquier otro tipo de agente externo. Lundstedt sostiene por su parte, que el Derecho surge como un fenómeno perteneciente al espacio y al tiempo, es decir está ligado al devenir. Alf Ross manifestó que "lo jurídico" es, en realidad, un hecho social.

Estos autores también tienen ciertos rasgos instrumentalistas, pues consideran que el Derecho puede aspirar a conseguir determinados fines sociales. Para ilustrar lo anterior, basta recordar la analogía que hace Olivecrona, al comparar el mecanismo de la legislación, entendida como proceso legislativo, con una central de energía en los lugares apropiados, a fin de conseguir ciertas finalidades sociales.

Sobre Alf Ross, Eduardo García Máynez señala que su principal objeto de estudio es el derecho vigente, al que define como "el conjunto de ideas normativas que funcionan como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas"<sup>32</sup>.

Alf Ross atiende a cuestiones relativas al origen histórico y al desarrollo del Derecho, a los factores sociales que determinan su contenido, a su dependencia frente a la economía, a la conciencia jurídica popular y al poder del legislador para dirigir el desarrollo social.

En este sentido el principal autor escandinavo, propone como método de estudio idóneo para conocer al Derecho, uno basado en los principios y lineamientos de las ciencias empíricas. La Ciencia Jurídica no debe tener por tanto, como único fin la descripción del Derecho, sino que además debe buscar su comprobación mediante la observación y la experimentación, tal y como se aplica para la investigación empleada en las ciencias naturales.

---

<sup>32</sup> García Máynez, Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo*, México, 1986, 84.

Su teoría elimina toda concepción que haga referencia a los valores morales, éticos, religiosos o de cualquier otra índole, que puedan encontrarse en los preceptos jurídicos, así como al elemento de validez; ya que según este autor, *son precisamente estos lineamientos los que han causado tanta confusión y error en la doctrina, así, la Ciencia Jurídica debe describir tan sólo los hechos sociales.*

Para comprender y estudiar al Derecho, es necesario analizarlo a través del comportamiento del ser humano dentro de una comunidad, es decir la "realidad social". Con esto, lo que Ross pretende explicar es que tan sólo los hechos del ser pueden constituir una Ciencia Jurídica empírica, que es el Derecho y elevarlo al carácter de una verdadera ciencia.

Ross se opone firmemente a la idea de que el estudio de esta ciencia se dirija a obtener un conocimiento normativo, aunque acepta que el Derecho se compone de normas y que la Dogmática Jurídica las estudia. Su propósito consiste en "excluir cualquier consideración metafísica: hay que estudiar los hechos sociales"<sup>33</sup>.

El autor describe al Derecho como "el conjunto de normas que deben ser dirigidas a los órganos jurídicos para prescribirles la manera en que deben de actuar en determinadas circunstancias y bajo qué condiciones aplicarlas, aún si es necesario coactivamente a los miembros de la sociedad"<sup>34</sup>.

Es decir, la Ciencia Jurídica no se encarga de establecer el modo en que los seres humanos actúan de hecho, sino la forma en que deben comportarse según las reglas establecidas en la sociedad a la cual pertenecen, describiendo los hechos de esa comunidad.

<sup>33</sup> Ross Alf, Hacia una ciencia realista del derecho, Buenos Aires. Abedelo-Perrot, 1961, 29.

<sup>34</sup> Idem.

Por el contrario, las teorías tradicionales enfocan su estudio considerando al elemento de validez, ya sea como una característica *a priori* (como lo hace el Positivismo Jurídico) o como una característica que deriva de la razón (el jusnaturalismo en sus diferentes tendencias), lo que conduce a los estudiosos del derecho a una serie de interminables discusiones de carácter metafísico, olvidando que el objeto fundamental de estudio de la disciplina jurídica consiste en el análisis de la dimensión fáctica así como los elementos psicológicos que influyen en la conducta humana. Es típica del Realismo Escandinavo la concepción del Derecho como fenómeno psíquico colectivo.

Los realistas afirman que el elemento psicológico tiene cierta importancia en el análisis jurídico, puesto que produce diversos efectos en la determinación del comportamiento de los individuos y de los grupos sociales.

La fuerza vinculatoria del Derecho, afirman ellos, "tiene una realidad solamente como idea de la mente humana, por lo que los derechos subjetivos y los deberes jurídicos son, por tanto, poderes y obligaciones imaginarias, que no tienen correspondencia con la realidad. Movidos por exigencias radicalmente empíricas y antimetafísicas, y convencidos de que todas las nociones no susceptibles de verificación empírica, son creaciones arbitrarias debidas a un uso erróneo del lenguaje, a la superstición, al efecto de antiguas prácticas mágicas, a la objetivación fantástica de sentimientos, los realistas escandinavos sostienen que un conocimiento científico del Derecho puede alcanzarse solamente anteniéndose a la realidad empírica, a los hechos: examinando el derecho como hecho"<sup>35</sup>.

Como consecuencia de esta convicción de la irrealidad del Derecho, se considera a la técnica como el instrumento del jurista con el que se determina de alguna manera, tanto el comportamiento como las costumbres de los hombres, suscitando en ellos un sentido de la obligación. Está, por ello, excluida de la

<sup>35</sup> Fasso Guido, *Historia de la filosofía del Derecho*, op.cit., 239.

consideración del Derecho, todo elemento de carácter valorativo, siendo contemplado el fenómeno jurídico como objeto de una descripción integral.

En palabras del maestro Liborio Hierro "el realismo escandinavo se plantea como una alternativa al debate jusnaturalismo-juspositivismo a partir de una convicción fundamental: que el positivismo (el positivismo dogmático construido en la segunda mitad del siglo XIX) arrastraba la epistemología y el método del jusnaturalismo racionalista, por lo que estaba lejos de constituir una explicación científica del derecho. El jusnaturalismo y el positivismo no eran —bajo este punto de vista— sino las variantes material y formal, respectivamente, del idealismo jurídico"<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Hierro, Liborio, Realismo jurídico, en Filosofía del Derecho, Ed. Trotta, Madrid, 1994, 79.

#### D. MARCO CONCEPTUAL DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

El Realismo Jurídico Americano es una de las escuelas más importantes de los Estados Unidos en los últimos tiempos. Se caracteriza por atenerse a los hechos en los estudios jurídicos, en virtud de que realiza un examen pormenorizado de los datos de la experiencia judicial, y no del mundo "irreal" de las normas o de las doctrinas abstractas.

Para esta corriente de la Filosofía Jurídica resulta difícil concebir un sistema normativo completo, del cual se puedan deducir las soluciones a todos los casos concretos que se presenten. Sienten los realistas americanos una gran desconfianza hacia el "derecho de los libros", pues afirman que "la búsqueda se dará en la vida"<sup>37</sup>.

El movimiento realista reconoce que el lenguaje jurídico está abrumado por el peso de nociones metafísicas. Su objetivo consiste principalmente en eliminarlas y situar a la Ciencia Jurídica sobre bases realmente científicas. Para ello tiene que ocuparse de hechos y no de entidades metafísicas. De esta manera, puede obtenerse una base empírica para la Ciencia Jurídica, sustituyendo enunciados acerca de derechos y deberes en su sentido tradicional por enunciados referentes a la acción judicial.

Consideran al Derecho como una serie de decisiones y no como un conjunto de normas generales. No obstante que el término Realismo resulta equívoco, la mayor parte de los realistas buscan la realidad en la conducta humana, en la conducta de los jueces y de otros funcionarios, así como en las operaciones concretas y no tanto en las "esencias".

Estos autores se acercaron al fenómeno jurídico despojados de prejuicios a efecto de describir la auténtica realidad del Derecho y los modos como

---

<sup>37</sup> Romero, J.M. Entorno y antecedentes del realismo jurídico americano. op.cit., 158.

efectivamente opera. No constituye objeto de su análisis las concepciones abstractas, ni los discursos sobre el valor genérico de los "derechos" y las "obligaciones", o el mérito de una determinada teoría acerca de la naturaleza jurídica de una institución. Sí les interesa, en cambio, conocer quiénes han de ser las personas a cuyo cargo estará decidir un conflicto, y cuáles son las características del comportamiento judicial. Desde este punto de vista, la investigación jurídica se hace empírica, circunstanciada, histórica y socialmente localizada. Las conclusiones no pretenden alcanzar un valor absoluto, sino relativo, pues se encuentran limitadas por una serie de circunstancias temporales, espaciales y sociales<sup>38</sup>.

Los principales teóricos del Realismo Jurídico se encuentran vinculados por la dimensión heterodoxa de dicho movimiento respecto de las líneas tradicionales que prevalecían en el estudio del fenómeno jurídico. Sin embargo, los separan algunas diferencias acerca del valor de los diversos factores condicionantes y agudas divergencias relativas al contenido propio de la función judicial. No existe plena unanimidad entre los jurisconsultos de ese movimiento sobre lo que debe entenderse por realidad; pero por lo general, la mayor parte de ellos busca la realidad en la conducta efectiva de los jueces y de los funcionarios administrativos.

El movimiento de los realistas se ha diversificado en varios tipos de estudios. Frank distinguió dentro del movimiento dos grandes grupos: "los 'escépticos sobre las reglas' (*rule-skeptics*) y los 'escépticos sobre los hechos' (*fact-skeptics*)"<sup>39</sup>.

El primero comprende aquellos trabajos en los que se manifiesta escepticismo respecto de las normas jurídicas formuladas o bien declaradas en la misma sentencia, como supuesto fundamento de ésta; y tratan de poner de

<sup>38</sup> Vid. Frank, Jerome. *Derecho e Incertidumbre*. Distribuciones Fontamara México, 1991, 11.

<sup>39</sup> Hierro, Liborio, op. cit., 80.

manifiesto cuáles son las reglas efectivas -aunque tal vez ocultas- que determinan el fallo judicial.

El otro tipo de estudios ha sido desarrollado por un grupo de investigadores, quienes, aceptando y practicando también el escepticismo respecto de las normas formuladas, quieren ir más lejos, y añaden otra indagación, a saber: la indagación sobre el modo como los jueces enfocan las cuestiones de hecho.

El primer tipo de estudios realistas se ha concentrado principalmente en el análisis de las sentencias de los tribunales de apelación para averiguar mediante el examen de éstas lo que es efectivamente el derecho. Los trabajos del segundo tipo estudian y analizan preferentemente la conducta judicial de los tribunales de primera instancia, los cuales tienen que establecer los hechos del caso debatido.

## E. DIRECTRICES TEÓRICAS DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

### Amoralismo

El planteamiento común es un decidido rechazo de toda fundamentación idealista. No se trata tanto de negar la posible conexión de algún valor con el mundo del derecho, sino de subrayar el carácter instrumental de éste.

Para todos los realistas americanos existe una clara vinculación entre Derecho y Justicia. La novedad es que se concibe esta vinculación de modo mediato. La diferencia entre los diferentes planteamientos de los juristas americanos se encontrará precisamente en el carácter de la mediación entre Derecho y Justicia.

Para Roscoe Pound, la mediación es el "orden social". La finalidad determinada por esta mediación se encontrará en solución a los conflictos sociales. Para Llewellyn, la mediación será la "predictibilidad" del fallo judicial, lo cual es lo que constituye al Derecho, si se vincula con una solución justa.

Se conecta esta característica con la peculiar gnoseología pragmática. Esta orientación de rechazo a la deducción como método jurídico, se funda en la inexistencia de un sistema normativo completamente acabado y omnicomprensivo que dé lugar a una dogmática. La dificultad estriba en que jamás una carencia puede ser válidamente asumida como categoría fundante.

El juez americano no se encuentra frente a un conjunto de normas y preceptos incapaces de brindar solución a los múltiples problemas que plantea la vida. Cuando los libros no ofrecen pistas normativas suficientes para resolver los casos planteados.

### **Desconfianza en las generalizaciones**

En este punto cabe hacer una precisión: las generalizaciones que se rechazan son las conceptuales, las cuales suponen un conceptualismo jurídico y la Teoría de la Subsunción Lógica. El problema estriba en que no puede hacerse ciencia, sin una cierta generalización.

El recurso va a ser el examen histórico. La Historia sustituye a la Lógica como criterio generalizador. Por Historia se entiende la experiencia vital del Derecho. La Historia se constituye como un sistema hermenéutico de hallazgo de la pauta jurídica de mayor eficacia y rentabilidad social e individual.

### **La naturaleza instrumental del Derecho**

El Realismo reconoce la imprescindible presencia del Derecho en la sociedad, en virtud de que no existe otro método más adecuado para la resolución de conflictos. El Derecho se constituye como instrumento insustituible de control social.

Este carácter instrumental se hace más operativo, más estrictamente funcional en autores como Holmes, Cardozo o Llewellyn. Para ellos, el Derecho es principalmente, más no exclusivamente, un sistema necesario para conocer el funcionamiento de los condicionantes que guían las resoluciones jurídicas.

### **La aplicación de los supuestos psicológicos**

Los autores realistas dotados de una interpretación psicológica dominante (el conductismo) convierten a la psicología en un instrumento auxiliar siempre presente para la interpretación del Derecho.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Vid. Romero, J.M. Entorno y antecedentes del realismo jurídico americano, op.cit., 157.

Para Pound, las teorías sobre el Derecho son en primer lugar, modos de analizar la realidad para los legisladores y los jueces. La Psicología, tanto como el análisis sociológico, será un arma necesaria para el cálculo de las posibles consecuencias de una medida normativa.

La Psicología va a consistir en el modo de comprender y anticipar las posibles conductas de los jueces. Esto es especialmente relevante para alcanzar cierta estabilidad jurídica.

Efectivamente, como sabemos, es esta característica del Derecho, una de las que más contradictoriamente se asumen por los juristas realistas. No es la seguridad un valor que pueda quedar suficientemente subrayado en un sistema tan variable como el americano. Las raíces de esta variabilidad ya se han esbozado anteriormente. Frank explica que la teoría de la seguridad y certeza jurídica obedece a la fijación de un inmaduro sentido de la figura paterna en la conducta social.

### **Rechazo del Positivismo de tipo Lógico Sistemático**

A finales del siglo XIX, la Ciencia Jurídica estuvo dominada en Norteamérica por un Positivismo de carácter Lógico Sistemático (*formalistic style*, según la expresión de Llewellyn), que puso a la Jurisprudencia en fuerte oposición con el poderoso desarrollo industrial y social de la época. El Realismo surgió como una reacción contra ese logicismo. Se abandona la Lógica Jurídica tradicional y se busca apoyo y modelo en las Ciencias Naturales. En la Teoría Realista Norteamericana predominan el método sociológico y el voluntarismo, así como la idea de que el derecho es el comportamiento del juez y la Ciencia Jurídica una predicción metódica de este comportamiento, sobre la base de proposiciones experimentales halladas por la vía inductiva.

Cabe precisar que el Realismo no combate la Lógica como instrumento del método jurídico, sino la creencia de que la Lógica es el único método jurídico posible.

### Proyección práctica de la meditación filosófica

La Teoría Realista ha sido elaborada por jueces, magistrados y abogados litigantes, que antes no pensaron en dedicarse a la Filosofía Jurídica. Fue el ejercicio de su profesión jurídica lo que les incitó a la meditación filosófica – siempre con base en una proyección práctica. Estos autores en alguna ocasión se enfrentaron con un problema y estimaron que, para solucionarlo de manera satisfactoria, debían abordarlo desde una perspectiva filosófica.

Según el maestro Liborio Hierro "no puede pasarse por alto que el movimiento realista fue, antes que un movimiento teórico, un movimiento de reforma desarrollado en la práctica judicial. Por ello, la separación –temporal y metodológica— entre ser y deber ser, estaba conscientemente puesta al servicio de objetivos prácticos, tanto críticos (la denuncia de una cierta dogmática formalista como encubridora de decisiones judiciales conservadoras) como constructivos (el propósito de adaptar el derecho a la dinámica social)"<sup>41</sup>.

Podemos establecer que los rasgos generales del Realismo Jurídico Americano se centran en torno a estos puntos: creación judicial del Derecho; consideración del Derecho no como fin sino como medio para el logro de determinados fines sociales; análisis de la influencia provocada por los cambios sociales; estudio del Derecho como fenómeno psicológico-social; en el realismo la justicia se va descubriendo en el proceso de averiguación del Derecho, su contenido se halla en la multiplicidad de soluciones que encuentran los concretos conflictos de intereses; rechazo de la lógica como único método jurídico posible y la afirmación de que el objeto de la ciencia jurídica es la emisión de predicciones

---

<sup>41</sup> Hierro, Liborio, op. cit., 81.

sobre determinados efectos prácticos basándose en la observación de la actividad judicial; consideración de la Ciencia Jurídica como Ciencia Natural (incluso como afirma el maestro Labarca Prieto, "se reconoce al Derecho Natural, tal como lo formuló Santo Tomás de Aquino, como uno de los fundamentos de la cultura moderna, y aunque no puede dar una seguridad total al derecho, al menos actúa como una fuerza ética sobre el juez"<sup>42</sup>).

---

<sup>42</sup> Legaz y Lacambra, Luis. Filosofía del Derecho. 5ª. De. Bosch, Barcelona, 1979, 51.

## F. POSTULADOS IDEOLÓGICOS DEL REALISMO AMERICANO

1) Los autores realistas rechazan cualquier fundamentación de carácter idealista. Para ellos existe una vinculación entre el Derecho y la Justicia que se presenta de manera mediata, tal mediación es el orden social, cuya finalidad es la resolución de conflictos sociales; la mediación significa también, la "predictibilidad" del fallo judicial como elemento fundamental y constitutivo del Derecho y de esta manera se vincula con una solución de la controversia que busca la Justicia, con base en los criterios que efectivamente toma el juez al resolver, y no los postulados de la norma legislativa, formalmente lógica.

2) Los realistas americanos tomaron como una verdad autoevidente las tesis de Holmes, en el sentido de que detrás del juicio lógico que realiza el juez, hay otro sobre el valor que se le debe atribuir a cada una de las normas o precedentes en contradicción; de tal manera que este juicio es muchas veces desarticulado e inconsciente, y a fin de cuentas es el que define realmente el sentido del fallo.

3) Los realistas suplen el exagerado conceptualismo jurídico con un minucioso examen histórico y se auxilian de otras disciplinas para enriquecer su análisis jurídico; entre ellas, consideran a la Psicología y a la Sociología, como instrumentos útiles para la interpretación del Derecho.

4) En lo relativo a la función jurisdiccional, el Realismo Americano cambia su sentido, al sustituir la labor tradicional de la resolución de controversias, aplicando reglas precedentes, por la de dar al juez el papel de elaborar soluciones "judiciales" a los problemas sociales, equilibrando intereses de una forma vinculada al cambiante consenso social.

5) Para los autores realistas, el Derecho real y efectivo consiste en lo que resuelva el órgano jurisdiccional en el caso planteado. En este contexto, lo que dicen las

leyes y los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales, las costumbres, efectivamente, podrán constituir fuentes de presunción para hacer vaticinios probables, pero no suministran una respuesta absolutamente segura.

Edgar Bodenheimer afirma que los teóricos del Realismo aseguran que las normas jurídicas tienen una influencia relativamente pequeña sobre las decisiones de los jueces y que los juristas deben dirigir su atención a otros factores del proceso judicial. En su opinión, dichos autores "subrayan enfáticamente la importancia del elemento humano en el proceso judicial, los prejuicios, los instintos heredados, las opiniones, las debilidades, las cualidades de carácter y el bagaje cultural de los jueces. ¿Qué hace en realidad un juez al fallar un litigio? Este es el problema central que tratan de resolver los juristas realistas"<sup>43</sup>.

### **Análisis de la norma Jurídica desde el punto de vista del Realismo**

Frente a las normas legisladas, el Realismo asume una postura de indiferencia, sin embargo, esto no significa que dichos autores no reconozcan su existencia.

Los realistas buscan obtener una ciencia que defina la realidad jurídica o social mediante la comprobación del método empírico, y los hechos que pretende describir, son precisamente las decisiones judiciales.

Las normas de Derecho determinan las sanciones para quien las quebranta, pero no explican cuáles son sus obligaciones o facultades cuando desean actuar de manera correcta o cuando actúan en forma desinteresada, independientemente de la existencia de una sanción. Para actuar así, deben proceder de acuerdo a su moral y principios éticos, lo que queda fuera del campo

---

<sup>43</sup> Ibid. 12.

jurídico, ya que el Derecho tan sólo se ocupa de analizar la manera en que se comportan los jueces y de fijar la conducta que "no" deben seguir los individuos.

El Realismo acepta el hecho de que un sistema jurídico se encuentre formado de normas y concibe a las normas como contenidos abstractos (abstraídos de ciertas creencias, actitudes, etc.) de naturaleza directiva, que sirve como esquema de interpretación de ciertos fenómenos sociales. De aquí se deriva que la principal finalidad del jurista consista en reseñar hechos.

Para Ross las normas se encuentran dirigidas a las autoridades y no tanto a los particulares. Estas regulan la forma en que deben actuar los órganos de poder cuando los individuos llevan al cabo un comportamiento determinado. Por ejemplo, la ley no le exige a un sujeto que no robe, sino que existe una norma estableciendo la actitud y sanción que el juez le debe aplicar a este sujeto en caso de que robe.

En el ejemplo anterior se puede notar que la norma de derecho se encuentra dirigida hacia los órganos jurisdiccionales, y por lo que se refiere al particular surge únicamente como una consecuencia del primero.

Cuando los jueces emplean las normas jurídicas, deben hacerlo siguiendo reglas determinadas, es decir, aplican el derecho y con base en esto, la ciencia jurídica predice cuáles serán las normas a utilizar en el momento de plantear su decisión judicial. En nuestro país, los jueces deben atender principalmente a los ordenamientos jurídicos dispuestos por el legislador y tan sólo en segundo término pueden guiarse por la jurisprudencia, que es el sinónimo de las decisiones judiciales de las que hablan los realistas.

Ross, principal exponente del Realismo moderado, señala a las predicciones de los jueces, como la principal característica del Derecho, pero se justifica al expresar que "esta caracterización corresponde a la ciencia jurídica y

no al objeto de estudio de la misma<sup>44</sup>. Por otra parte, analiza los aspectos de las decisiones judiciales que constituyen el objeto de la predicción por parte de los juristas.

De tal forma que para Ross, el Derecho vigente consiste en el conjunto de directivas que los jueces posiblemente utilizarán en sus decisiones. Este autor se diferencia del resto de los partidarios del Realismo en que, para determinar cuáles son las normas jurídicas que integran un sistema legal vigente, excluye la necesidad de comprobar su validez o fuerza obligatoria, y afirma que sólo se debe verificar la probabilidad de que éstas sean efectivamente aplicadas por los jueces. Para Ross, "las decisiones judiciales no constituyen el derecho sino que determinan qué normas integran el Derecho de un cierto país"<sup>45</sup>.

Quienes apoyan al Realismo Jurídico parten de la idea de que la vigencia de una norma se debe considerar tomando como base su efectividad en el reconocimiento concedido por la comunidad.

Las normas de un sistema jurídico sirven como esquema de interpretación cuando éstas son realmente respetadas, ya que los individuos se sienten obligados y además existe un vínculo hacia éstas. Además, determinan cuándo y cómo los jueces, por ser los encargados de aplicar las normas de competencia, pueden hacer uso de la fuerza estatal, en caso de ser necesario, por falta de cumplimiento autónomo del particular.

Las Teorías Realistas desarrollan sus análisis considerando la validez de las normas de derecho desde el punto de vista de la eficacia, es decir, de su real aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales encargados de la impartición de justicia. Afirman que la relación entre la validez y eficacia se da en forma

<sup>44</sup> Santiago Nino Carlos. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Edición. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, 1968, 49.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 50.

evidente, toda vez que al establecer la validez de una norma, automáticamente se deduce que resulta efectivamente cumplida y observada y por lo tanto, es eficaz.

Esta opinión de los autores realistas contrasta con la posición de los filósofos idealistas que consideran que entre la validez y la eficacia no existe ninguna relación en lo absoluto, ya que el primero se refiere al deber ser y el segundo al ser.

### El método Realista

En lo relativo a la metodología del movimiento Realista podemos establecer que se ha diversificado principalmente en dos tipos de estudios:

El primer tipo de estudios Realistas (*rule-skeptics*) se ha concentrado principalmente en el análisis de las sentencias de los tribunales de apelación para averiguar mediante el examen de éstas lo que es efectivamente derecho.

Los trabajos del segundo tipo (*fact-skeptics*) estudian y analizan preferentemente la conducta judicial de los tribunales de primera instancia, los cuales tienen que establecer los hechos del caso debatido<sup>46</sup>.

Cabe puntualizar que la doctrina Realista muestra claramente y subraya que la aplicación del Derecho no es una operación mecánica que consista en un silogismo. Esta doctrina se desarrolló fundamentalmente en el campo de los problemas de la interpretación y de la aplicación práctica del Derecho, en este sentido, gran parte de su mérito radica en haberse enfrentado a la realidad efectiva de la función jurisdiccional, despojándola de mitos y disfraces para presentarla en su verdadera dimensión.

---

<sup>46</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis, "El movimiento del realismo jurídico norteamericano". *Lecturas de Filosofía del Derecho II*. *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*. México, 1993, 166.

Con base en la apreciación de los factores que provocaron el surgimiento del Realismo Jurídico Americano, contamos con la suficiente perspectiva como para afirmar que el movimiento Realista se originó por la conjugación de hechos e ideas en un mismo lugar, que acrisolaron un deseo pragmático para resolver los problemas sociales, en contra de las tesis formalistas y logicistas.

La aplicación de las investigaciones propias de las ciencias sociales y sus métodos, a efecto de determinar lo que es el derecho vivo, aunado a la interacción de diversos factores, entre los que destacan principalmente el escepticismo y el deseo de libertad, impulsaron la búsqueda de un nuevo marco de referencias. Con base en lo anterior, muchas decisiones judiciales, aún en nuestros días, obedecen a esta triple motivación: conciencia de libertad, confesión de falibilidad y búsqueda de una guía extra-jurídica. En este contexto resulta incuestionable el papel que juega el realismo jurídico como factor de transformación en la conciencia jurídica norteamericana.

Según el maestro Liborio Hierro, "a influencia del movimiento realista se manifestó en el hecho de que sus puntos de vista metodológicos se convirtieron en enfoques comunes en la investigación la enseñanza y la práctica del derecho en los Estados Unidos. Hasta el punto de que Twining pudiese atribuir a la generalidad de los profesores de derecho norteamericanos la actitud que se resume en estas palabras: 'el realismo ha muerto; ahora todos somos realistas'<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Hierro, Liborio, op. cit., 81.

## **CAPÍTULO TERCERO**

# **PRINCIPALES EXPONENTES DEL REALISMO AMERICANO Y SUS APORTACIONES**

***“UN ERROR FRECUENTE ES PENSAR QUE LA  
FUNCIÓN DEL JUEZ CONSISTE EN DESCUBRIR  
EL DERECHO Y NO EN CREARLO”***

**JEROME FRANK**

## CAPÍTULO TERCERO

### III. PRINCIPALES EXPONENTES DEL REALISMO Y SUS APORTACIONES

#### A) OLIVER WENDELL HOLMES

Oliver Wendell Holmes fue un hombre profundamente realista y orientado a la filosofía pragmática. Fue uno de los jueces más célebres de los Estados Unidos e incluso llegó a ser ministro de la Suprema Corte. Algunos lo denominaron "el padre del Realismo Jurídico Americano". Algunos, sin embargo, solamente lo consideraron como un precursor de este movimiento, ya que no alcanzó a estructurar sus investigaciones con un elevado rigor académico. A pesar de ello, no se le debe desconocer su esmero por despertar las conciencias de la comunidad jurídica con el fin de distinguir las reglas efectivas del Derecho con una nueva metodología en su estudio, basada en la importancia de la experiencia sobre la Lógica.

La importancia de Holmes radica en su nuevo enfoque para el examen de los fenómenos Jurídicos. Propone adoptar el punto de vista de quien incumple lo dispuesto por la norma jurídica (*bad man*), al meditar sobre las consecuencias probables de una determinada conducta. Para el *bad man* lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el Derecho. La teoría de Holmes se sustenta sobre su concepción del Derecho, como "las previsiones de aquello que los tribunales efectivamente harán y ninguna otra cosa más pretenciosa"<sup>48</sup>.

Holmes pretendió dar a conocer su opinión en el sentido de que las creencias y los prejuicios del juez influyen en el acto de juzgar; y afirmaba que el

<sup>48</sup> En Fasso, Guido, Historia de la Filosofía del Derecho, Madrid, 1970, 216.

primer requisito de un cuerpo legal es su correspondencia con los sentimientos y las demandas actuales de la sociedad.

La teoría de Holmes revela una fuerte tendencia historicista, al grado de considerar que es preciso conocer el entorno histórico para comprender lo que realmente es el Derecho. Para él, la vida real del Derecho no ha sido la Lógica sino la experiencia. Añade a la importancia de la Historia, la de los estudios económicos y sociales, con lo cual llegó a concluir, que "la parte más importante de la Ciencia del Derecho es aquella fundada sobre las exigencias sociales calculadas con esmero, antes que sobre la tradición"<sup>49</sup>.

En su obra *The Path of the Law* (1897) considera al Derecho en su realidad viviente, fuera de toda abstracción y acota el papel que desempeña la Lógica racional cuando se aplica al estudio del fenómeno Jurídico. "La vida del Derecho es mucho más que un simple proceso dialéctico, ya que se compone de un complejo de factores vivenciales de experiencia"<sup>50</sup>. En relación con la aplicación del Derecho, Holmes establece que "las previsiones de aquello que los tribunales efectivamente harán, y ninguna otra cosa más pretenciosa, son las que yo entiendo por Derecho"<sup>51</sup>.

Para este pensador, el objeto de estudio del Derecho lo constituye la conducta de los tribunales, la cual sólo se puede conocer con el auxilio de otras disciplinas culturales. En este contexto las normas no constituyen el Derecho, representan únicamente medios para el estudio del mismo.

El Derecho es, pues, un complejo de previsiones referidas en torno a la conducta real de los tribunales y el fundamento de las decisiones judiciales se encuentra en lo que Holmes ha denominado premisa mayor inarticulada, y no en una norma predeterminada.

---

<sup>49</sup> *Ibid.* 217.

<sup>50</sup> Holmes, "The Path of the Law", en *Collected Legal Papers*, Nueva York, (1920), 167.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 173.

Los fundamentos prácticos que toma en cuenta la autoridad judicial en sus resoluciones no están en las leyes, por eso es falso que los tribunales basen sus sentencias en la ley o en el código, pues los verdaderos fundamentos del juez están ocultos en su propia conciencia.

El juez Holmes insiste en la necesidad de que el órgano jurisdiccional conozca y tome en consideración las necesidades sociales de la época, las Teorías políticas predominantes, las convicciones explícitas o implícitas sobre el interés público, pues la vida del Derecho no es sólo un proceso lógico, sino que contiene muchos factores de experiencia. En la creación de las reglas jurídicas, la Lógica formal desempeña tan sólo un papel inferior. El contenido subyacente de una forma Lógica es un juicio de valor, tal vez inarticulado e inconsciente, pero que constituye el fundamento de todo el proceso. Esto es lo que denominó, como ya se enunció, premisa mayor inarticulada. Sin embargo, no desdeña la teoría ni los instrumentos lógicos, antes bien, trata de articular en íntima colaboración la razón deductiva con las intuiciones de la realidad social<sup>52</sup>.

El método del destacado ministro para analizar al Derecho, consiste en partir de la realidad y del reconocimiento de los hechos tal como sucedieron. El Derecho no puede operar bajo la Lógica matemática, pues la realidad jurídica es la vida humana en constante cambio.

La tesis central de Holmes se fundamenta en los siguientes principios:

Primero, toma como perspectiva de consideración del Derecho, a la situación que vive la persona que lo viola: el hombre malo (*bad man*). Lo que interesa es descubrir el Derecho efectivo, tal y como va a regir la vida social y observarlo en acción (el Derecho viviente). Al hombre malo le interesa conocer el

<sup>52</sup> Vid. Afalón, Enrique y José Villanova, Introducción al Estudio del Derecho, 2ª ed., Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1992. 314.

Derecho que regirá su conducta, es decir, el Derecho o las normas jurídicas que le aplicarán los tribunales<sup>53</sup>.

En segundo lugar, Holmes se plantea una nueva metodología en el estudio del Derecho. Pretende eliminar los criterios ideológicos tradicionales imperantes en las postrimerías del siglo XIX, mismos que impiden conocer lo que en su opinión, constituye el verdadero objeto de estudio de la Ciencia jurídica. El Derecho para él, no puede ser constreñido al ámbito de la Lógica formal. "La realidad jurídica es la vida humana social (sic) con todas sus variantes y problemas, por eso no es posible matematizar el Derecho. La vida del Derecho no ha sido la Lógica; ha sido experiencia"<sup>54</sup>.

En tercer término, el Derecho es la "profecía" de lo que los tribunales harán en realidad. Por ello otorga especial importancia a las fórmulas o mecanismos para determinar la manera en que actuarán los tribunales. Las fuentes para elaborar dichas predicciones son un conjunto de repertorios de sentencias (*reports*), de trabajos y de leyes. El Derecho se configura como una exposición general de carácter sistemático de la conducta judicial probable, en la consideración de casos concretos.

El cuarto y último paso consiste en que el juzgador debe interpretar las leyes, tratados y repertorios jurídicos dentro del contexto que la experiencia suministra. De modo que los principios que podemos extraer de dichas fuentes, deben ser inferidos y basados en la realidad vital del hombre en sociedad. Como ya se ha reiterado, Holmes no acepta reducir el Derecho a un mero razonamiento lógico.

La decisión judicial está influida por "fundamentos ocultos" que determinan el sentido y el alcance de las deducciones y razonamientos de tipo lógico. Por lo

---

<sup>53</sup> Vid. Fisher William, Morton Horwitz, Thomas Reed, American Legal Realism. Oxford University Press. New York, 1993, 5.

<sup>54</sup> Idem.

tanto, para poder predecir la conducta judicial futura, hay que analizar esos fundamentos ocultos, pero de significación real.

Los jueces deben asumir cabalmente su deber de ponderar consideraciones relativas sobre las ventajas sociales. Este deber es inevitable y el resultado de la aversión judicial a manejar tales consideraciones, ha sido el dejar la verdadera fuente y fundamento de las decisiones, inarticuladas e inconscientes.

Holmes rechaza la idea de que la única fuerza efectiva en el desenvolvimiento del Derecho sea la Lógica, y cancela la posibilidad de desarrollar un sistema Jurídico como las matemáticas, a partir de algunos axiomas generales de conducta. Desde luego que existen razones para pensar que en el desenvolvimiento del Derecho influyen factores de carácter lógico. Critica el hecho de que la preparación de los abogados en los Estados Unidos consista en un entrenamiento en Lógica. Se encuentran muy familiarizados con los procesos de analogía, discriminación y deducción. El lenguaje de las sentencias judiciales, es principalmente el lenguaje de la Lógica.

La forma y el método lógicos satisfacen el deseo de certidumbre y reposo que se encuentran en todas las mentes humanas, pero la certidumbre es generalmente, ilusión y reposo, no es el destino del hombre<sup>55</sup>.

Holmes no pretende eliminar totalmente a la Lógica del ámbito del Derecho, sino reducirla a sus justas proporciones, pero descalifica la pretensión de que la interpretación judicial sea puramente Lógica, de que detrás de cada sentencia exista un impecable raciocinio lógico que la valide. Para él, es indispensable analizar los factores que subyacen detrás de las formas Lógicas. En su opinión, "un estudio que se limitara puramente a desarrollos deductivos o analógicos de las

---

<sup>55</sup> Vid. *Idibem.* 11.

sentencias o precedentes judiciales, no permitiría enunciar una profecía adecuada respecto de la conducta probable de los jueces<sup>56</sup>.

Por otra parte, este autor sustenta la idea de que los juristas no han sabido entender que las sentencias recogen principios fundamentales y que son éstos últimos los que deben guiar al jurista. Provisto con el material teórico apropiado el abogado debe ir a los fundamentos del problema (que están en la realidad). Esto es posible si el abogado sigue los siguientes pasos:

1º.- El jurista debe enfocar su estudio en los conceptos dogmáticos que real y efectivamente nutren el Derecho en un momento histórico determinado, buscando el máximo grado de generalización.

2º.- Debe además, ayudarse del método histórico para descubrir el proceso de nacimiento y desenvolvimiento de la norma hasta llegar al momento objeto de su consideración.

3º.- Por último, resulta imprescindible determinar la finalidad o finalidades que las normas tratan de alcanzar<sup>57</sup>.

Holmes estableció que el objeto de la Ciencia del Derecho, es la conducta de los tribunales. Para establecer el sentido y alcance de ésta, es necesario contar con los aportes de disciplinas como: la Psicología, Sociología, Historia, Economía, Política y de la Lógica, ya que éstas facilitan la comprensión del contenido de las fuentes a las cuales recurrimos para predecir la conducta judicial.

Holmes contribuye con sus profundas consideraciones a presentarnos el estudio del Derecho dentro de una perspectiva diferente que toma muy en cuenta

<sup>56</sup> Labarca Prieto, Domingo A. "Breve visión del Realismo Jurídico Americano", en Revista de Ciencias Sociales, número 12, Valparaíso, Chile, (1978), 57.

<sup>57</sup> Vid. Ibid., 60.

la problemática sociológica, a la que refiere como la sociologización del Derecho; así mismo toma como guía de su trabajo, la actuación de los jueces.

Pese a la importancia que este autor otorga al proceso judicial de interpretación y aplicación del Derecho, reconoce que "también en la actividad legislativa se acumula un enorme caudal de experiencia humana respecto de las necesidades sociales y del modo más conveniente de remediartas"<sup>58</sup>.

Holmes no acepta encerrar el Derecho dentro de un esquema historicista "exagerado". Es cierto que la Historia juega un importante papel que no puede, ni debe ser ignorado en una consideración científica del Derecho, a los efectos de predecir el alcance de las normas jurídicas; pero no es admisible pretender un exclusivo fundamento histórico de las instituciones jurídicas.

A diferencia de la mayoría de los realistas que le siguieron, consideraba que los jueces no debían ser, ni actuar como "hombres de Estado", sin que esto significara la negación de su papel de "creadores del Derecho". Sostenía que no eran los hombres de las cortes quienes debían definir qué políticas sociales debían aplicarse, pues ese papel correspondía a los órganos legislativos, como representantes del sentir social; en este sentido, urgió a los jueces a poner límites en la función de la revisión judicial de las leyes, y por tanto, a restringir su amplia esfera de competencia en la materia.

En resumen, se puede señalar que para Holmes, el Realismo Jurídico parte de la base de que:

- 1.- El Derecho se encuentra en cambio constante;
- 2.- Es un medio para fines sociales;

<sup>58</sup> Recasens Siches, Luis. "Algunas notas sobre el pensamiento Jurídico contemporáneo norteamericano", en Revista de orientación Jurídica, México, D.F., (1945), 48.

- 3.- La sociedad cambia, a su vez, aún más rápidamente de lo que lo hace el Derecho;
- 4.- El jurista debe observar lo que hacen los tribunales y ciudadanos, prescindiendo de lo que debieran hacer;
- 5.- El jurista debe recelar del supuesto o creencia de que las reglas jurídicas tal como aparecen en los libros representan lo que los tribunales y la gente hacen; y
- 6.- Debe serle sospechoso igualmente el supuesto de que las reglas tal como son enunciadas producen las decisiones que pretenden fundarse en ellas.

## B. KARL N. LLEWELLYN

Este autor fue un destacado profesor de las universidades de Columbia (Nueva York) y de Chicago, así mismo fue autor de los siguientes estudios: *The Bramble Bush* (1930) ; *Some Realism; About Realism* (*Harvard Law Review*, 1931).

Coincide con Holmes en la idea de los principios ocultos o premisa mayor inarticulada, aunque prefiere denominarla "reglas efectivas", pues son éstas las que los jueces realmente toman en cuenta al decidir su fallo en un litigio. Su estilo es más académico y persuasivo que el de Holmes<sup>59</sup>.

A diferencia de Oliver W. Holmes, Llewellyn considera que el Derecho no sólo consiste en lo que hacen efectivamente los tribunales, sino también las autoridades y los ciudadanos. No le preocupa predecir el comportamiento humano, ya que él observa lo que en verdad sucede y no lo que debería suceder. A partir de la conducta humana y especialmente aquella que tiene relación con la función jurisdiccional, realiza interpretaciones científicas, desprovistas de prejuicios.

El profesor Llewellyn realizó múltiples análisis en torno a las normas efectivamente seguidas por los jueces, y sobre los factores que determinan la calificación y el juicio sobre los hechos.

Las bases de su concepción parten del reconocimiento de un mínimo común en las teorías realistas, de lo cual destaca dos aspectos: el carácter cambiante del Derecho con fines sociales acordes a las expectativas de Justicia; y la velocidad de cambio de la sociedad, que es mucho mayor a la del Derecho.

---

<sup>59</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis, "El movimiento del Realismo Jurídico Norteamericano", en *Lecturas de Filosofía del Derecho II*, Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., (1993), 72.

Sostiene que el Derecho es lo que los funcionarios judiciales hacen en relación con los pleitos; y si bien, las normas jurídicas ejercen algún influjo sobre los fallos judiciales, ellas no son nada más que un factor entre otros muchos.

Llewellyn hace un énfasis especial en la diferencia tan grande que existe entre las normas escritas en los libros y lo que la gente hace real y efectivamente. Así mismo, distingue entre las normas formalmente establecidas o "reglas prescriptivas tradicionales"<sup>60</sup> y los criterios tomados por los jueces como fundamento de sus decisiones. Se inclina por la conveniencia de que las leyes delimiten con más precisión los supuestos normativos, en las reglas empíricas menos generales.

En su estudio sobre las reglas, descubre que hay que distinguir entre las que podrían llamarse "reglas en el papel", mismas que comprenden no solamente a las normas formuladas en las leyes y los reglamentos, sino que comprenden también a las normas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamentos para sus fallos. Por otro lado, están las "reglas efectivas" aquellas, (declaradas o no), según las cuales los jueces deciden realmente el fondo de litigio.

Esta diferenciación entre "reglas en el papel" y "reglas efectivas" no significa que las primeras no sean importantes, pues hay muchos casos en los cuales, tales reglas en el papel pueden tener un gran alcance. Pero éste es un punto que hay que averiguar respecto de cada regla, por medio de un estudio sobre la realidad de la conducta judicial. Sucede que hay algunas "reglas en el papel", que de hecho no son tomadas en cuenta por los jueces. Esto es lo que acontece con las leyes y los reglamentos que se han convertido en letra muerta, o bien con los precedentes jurisprudenciales que se consideran caducos. Hay otras normas formuladas en leyes, reglamentos y sentencias anteriores, que el juez pretende tomar en consideración, son las que el juez menciona como

<sup>60</sup> Vid. Hernández Marín, Rafael, Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Madrid, 1986, 285.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

fundamentos para su fallo, pero que en realidad no sigue, o sigue solamente de modo parcial. A pesar de referirse a ellas, las elude total o parcialmente, por medio de razonamientos interpretativos principalmente de carácter logicista. Tales razonamientos interpretativos pretenden mostrar que el juez cumple lo dispuesto en tales normas, pero en realidad son solamente un disfraz de la otra norma diferente que efectivamente sigue el juez en su fallo, norma que no es declarada, sino más bien encubierta.

La investigación realista trata precisamente de quitar esos disfraces; intenta poner en claro la "norma efectiva" que el juez toma como base para su fallo; quiere desvanecer la ficción convencional de que el juez está aplicando las normas por él mencionadas o declaradas y mostrar qué es lo que de hecho hace el juez, a pesar de lo que escribe en su sentencia<sup>61</sup>.

Llewellyn se propuso investigar cuáles eran los factores que influían sobre los jueces en la elección de las reglas efectivas sobre las que basaban sus fallos, a pesar de que las más de las veces, tales reglas no aparecían declaradas en las sentencias. Adicionalmente trató de esclarecer los factores que ejercían influencia sobre los jueces para la determinación de los hechos, y, en este sentido, concluyó que en el proceso judicial la apreciación y calificación de los hechos tiene mucho mayor importancia que la referencia a la norma pertinente.

El Derecho interviene para solucionar aquellas disputas que no son resueltas por las partes, o que degeneran en el empleo de métodos prohibidos por la ley. Respecto de ellas, la cuestión práctica más interesante es la que tiende a averiguar de qué manera tales disputas van a ser resueltas por los jueces o por funcionarios administrativos con jurisdicción.

Con base en la doctrina tradicional, se cree que los jueces, para resolver tales disputas aplican normas preestablecidas. Los mismos jueces en sus

---

<sup>61</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis, Op. cit., 167.

sentencias pretenden hacer creer que esto es lo que hacen: aplicar las reglas vigentes y predeterminadas. Llewellyn intentó esclarecer cuáles eran efectivamente las reglas que el juez sigue, independientemente de las reglas a las que explícitamente se refiere en su sentencia. Además de esto, analizó otros aspectos de la función judicial, tales como la apreciación de los hechos y la calificación jurídica de éstos.

Normalmente se piensa que los tribunales dirimen las controversias mediante la aplicación de normas preestablecidas al caso concreto. Sin embargo, las reglas que realmente sigue el juez al apreciar los hechos y hacer su valoración legal son otras. Su análisis pone de manifiesto que los hechos tal y como sucedieron en la realidad, no se presentan jamás ante el juez. Llegan a éste a través de una serie de filtros, reconstrucciones y presentaciones, por ello siempre su ofrecimiento es artificial, ya que cada uno de los abogados, al sustanciar los medios de prueba, presentará sus resultado en la forma en la que lo considere más favorable para persuadir al juez.

Lo anterior, pone de manifiesto que el juez no elige la norma aplicable y luego emite su fallo conforme a ella, sino que por el contrario, primero toma la decisión que estima justa según los "principios ocultos" y después busca la ley que corresponde para fundar dicha decisión.

El profesor de Columbia, explica cómo es que la presentación de los hechos es preparada siempre con referencia a la norma que se pretende aplicar. Cuando el juez conoce de un asunto, esos hechos fueron filtrados primero por cada uno de los dos abogados a través del punto de vista que consideraban como jurídicamente relevante, según sus intereses; posteriormente fueron filtrados a través de las normas procesales sobre la prueba, es decir, fueron filtrados a través de los medios que fueran admitidos; fueron filtrados una vez más en las conclusiones formuladas por los abogados; y fueron finalmente filtrados por el juez, cuando éste redacta los resultados de su sentencia. En esta tesitura, la

manera en que se presentan los hechos en la sentencia dictada por el juez, distan mucho de la manera en que realmente se verificaron<sup>62</sup>.

Llewellyn pone de manifiesto que el fallo y la norma elegida se autoimplican; y establece que el juez, en lugar de precisar primeramente la norma aplicable y extraer de ella la conclusión, invierte el procedimiento, es decir, decide la conclusión que estima justa, y posteriormente busca una norma que la justifique. Para formar su conclusión, el juez ha reconfigurado los hechos de modo tal que ellos puedan servir de base para la conclusión que considera justa, y que puedan a la vez servir de base para el razonamiento sobre el cual va a apoyar su fallo.

Parece a primera vista que en una estructura lógica, la verificación y la interpretación de los hechos debiera producirse primero, y que después sobre esta base se debiera buscar la norma, para finalmente extraer la conclusión. Sin embargo, en la realidad, la operación mental del juez sigue precisamente el camino inverso.

Este autor estudió el funcionamiento de los tribunales de apelación y se percató de que las observaciones de los magistrados sobre los hechos diferían frecuentemente; y las diferencias consistían principalmente en la estructura que se da a los hechos y en el modo como se destacan los varios aspectos de éstos. También notó que existían discrepancias respecto de los argumentos que parecían convincentes a cada uno de los magistrados. En cambio, las diferencias de opinión en cuanto a lo que estiman como fallo correcto eran casi nulas.

Los jueces, después de haber leído el mismo expediente, de haber asistido a los mismos medios de prueba y de haber oído los mismo argumentos, discrepan en cuanto al modo en que ven los hechos que consideran relevantes en el caso planteado, además, difieren en los argumentos que les parecen decisivos, sin

---

<sup>62</sup> Vid. *ibid.*, 173.

embargo suelen coincidir sobre la conclusión que les parece correcta. Este comportamiento judicial indica que existe un mayor margen de certeza y seguridad sobre el fallo, que respecto de la norma que sirva de fundamento al fallo. Esta observación sirve a Llewellyn para confirmar su idea de que lo importante no es tanto el analizar lo que los jueces dicen, sino lo que los jueces hacen. La norma efectiva muchas veces no es la alegada en la sentencia, sino otra, que no aparece formulada ni referida, pero que real y efectivamente es la que sustenta el fallo<sup>63</sup>.

En el ámbito axiológico este pensador establece que se deben tomar en cuenta una serie de valores que constituyen el deber ser del orden establecido por el Derecho. Pese a ello, este autor se limitó a realizar un análisis factual del Derecho, mediante la descripción de las realidades jurídicas tal y como ellas son.

En cuanto al orden como fin a realizar por el Derecho, considera que más allá de producirlo, es importante mantenerlo. Las normas forman un ambiente social de conductas a cumplir, si la gente no las observara, de nada servirían las reglas dictadas por la autoridad. Las personas cumplen las normas porque piensan que son justas; si esto no fuera así, no sería posible la vida social. Muchas conductas se desarrollan conforme a normas espontáneas y no llegan a procedimientos judiciales, sino que se resuelven siguiendo las pautas que dan las normas jurídicas. Algunas partes del Derecho cuentan con reglas generales muy claras, las cuales sientan las bases para la convivencia social, pero otra parte, se refiere a los principios que aplican los jueces en las decisiones de los litigios.

Como corolario podemos establecer que la tesis central de este autor se basa en las siguientes directrices:

- 1°.- El Derecho se halla en una constante situación de fluidez;
- 2°.- El Derecho significa un medio para fines sociales;

---

<sup>63</sup> Vid. *ibidem*.

3º.- La sociedad, para cuyos fines el Derecho es un medio se halla en una situación de fluidez, todavía mayor que el Derecho mismo;

4º.- Para el propósito de sus investigaciones el teórico del Derecho debe mirar y analizar solamente lo que los tribunales, los funcionarios y los ciudadanos hacen efectivamente, sin referirse a aquello que debieran hacer. Debe haber un divorcio, *aunque sólo temporal, entre el ser y el deber ser en vista de este estudio. La tarea de la teoría del Derecho es, en primer lugar, observar los hechos de la conducta humana, especialmente de la conducta judicial y de los funcionarios administrativos, en todas las circunstancias de los casos particulares, e interpretarlos científicamente, sin prejuicios;*

5º.- La investigación jurídica debe mirar con sospecha el supuesto de que las normas o reglas, en los términos en que están enunciadas o inscritas en los libros, representan lo que los tribunales y la gente hacen real y efectivamente;

6º.- La investigación jurídica debe mirar con sospecha el supuesto de que las normas o reglas de Derecho enunciadas formalmente son las que en realidad producen los fallos y las resoluciones que pretenden estar basadas sobre ellas;

7º.- Es necesario reconocer la necesidad de agrupar los casos particulares en conceptos más estrechos, es decir, de menor área, alcance o comprensión; y

8º.- Cada sector particular del Derecho tiene que ser valorado en los términos de sus efectos reales.

En síntesis, Llewellyn estableció que el Derecho es lo que los funcionarios judiciales hacen en relación con los pleitos; y si bien las normas jurídicas ejercen algún influjo sobre los fallos judiciales, ellas no son nada más que un factor entre muchos otros<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis, "Algunas notas sobre el pensamiento jurídico contemporáneo en Norteamérica", en Revista Orientación Jurídica. Tomo I, número I, México, D.F., (septiembre.1945), 55.

### C. JEROME FRANK

Jerome Frank lleva al Realismo Jurídico Americano a una posición radical. Su condición de Magistrado del Tribunal Federal de Apelaciones del Estado de Nueva York, hace que sus tesis se encuentren respaldadas por la autoridad que le concedía su experiencia como juez. Su cosmovisión en cuanto a la dimensión crítica contra doctrinas convencionales fue decisiva.

Aunque es importante la influencia que recibe de Holmes, este autor coincide con Llewellyn en el estudio de la función jurisdiccional y la materia probatoria en los procesos judiciales, pero a diferencia de aquél, realiza un análisis integral de las diversas facetas del orden legal positivo. En su obra "Derecho e Incertidumbre" señala que no es posible que un sistema Jurídico contenga respuestas para todos los casos que se presenten; no puede haber una normatividad omnicomprensiva, ni siquiera en la más estática de las colectividades. Por ello, la incertidumbre del Derecho no es producto de la casualidad; la vanidad de los juristas hace que los abogados, los jueces y los profesores oculten, o más propiamente, pretendan ocultar la incertidumbre del Derecho. Si acaso, los abogados le dicen al cliente que excepcionalmente se produce la falta de certeza; los profesores de Derecho hablan del orden Jurídico como un sistema establecido con firmeza y se refieren a los casos no previstos, como situaciones de hecho que se presentan ocasionalmente, y en el supuesto más grave, los jueces fallan en un sentido opuesto al de la norma, bajo la apariencia de una interpretación de la regla establecida, como un pseudo razonamiento lógico de aplicación de un viejo precepto, mediante argucias formalistas<sup>65</sup>.

Para Frank el Derecho comienza y termina con cada decisión de cada tribunal. Lo cual imposibilita predecir con exactitud la decisión que sobre un caso concreto va a tomar un tribunal. En este sentido, el Derecho moderno es muy

<sup>65</sup> Vid. Frank, Jerome. Derecho e Incertidumbre, Distribuciones Fontamara México, 1991. 11.

distinto a la idea que se tenía de él anteriormente, cuando se pensaba que era general, uniforme continuo y puro. El Derecho para una persona concreta es la sentencia que se le dicta exclusivamente a él y esa persona no tiene un Derecho cierto y efectivo mientras el tribunal no haya dictado su resolución. Entre tanto, sólo tiene respecto a ese hecho, la suposición que los abogados realicen, lo que el tribunal hará, es decir, únicamente tiene un Derecho probable. "Las normas jurídicas simbolizan relaciones sociales a veces muy crudamente. Las normas son intentos de verbalización de similitudes (sic) entre casos diferentes. Pero el peligro se encuentra en que esas relaciones, esas similitudes, así verbalizadas, serán hipervalorizadas con exclusión de las singularidades que presentan los litigios concretos. Hipnotizados por una etiqueta que acentúa identidades, podemos ser llevados a ignorar las diferencias"<sup>66</sup>.

Un error frecuente según Frank, es pensar que la función del juez consiste en descubrir el Derecho y no en crearlo. Cuando la Suprema Corte cambia su criterio, se piensa equivocadamente que rectifica su interpretación de la ley, cuando lo correcto es pensar que se trata del ejercicio de una función creadora de Derecho.

Es un desacierto suponer que el juez es un aparato automático que sólo reproduce las palabras empleadas por la ley general. Frank opina que los jueces no quieren reconocer su función creadora de Derecho, por estimar que se trata de una usurpación de la actividad exclusiva del legislador, pero en realidad ambas funciones, es decir, la judicial y la legislativa, son creadoras de Derecho. En la teoría de Jerome Frank, el juez ocupa el lugar central en la creación del Derecho, pues éste empieza y termina con cada decisión de cada tribunal.

Las doctrinas convencionales intentaban someter al juez y reducirlo a ser un mero apéndice de la ley. La remisión a una supuesta voluntad del legislador

---

<sup>66</sup> En Labarca Prieto, Domingo, "Breve visión del Realismo Jurídico Norteamericano", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, (1975), 80.

por parte del juez, constituye un recurso para evadir su responsabilidad creadora de Derecho, evitando trastocar la idea de que solamente el órgano legislativo crea Derecho. Reconocer que el juez crea Derecho, sería considerado como abuso de funciones o usurpación de facultades que corresponden únicamente al órgano legislativo. Pero en la práctica no se puede negar el papel creador de los jueces. Son ellos quienes mediante su interpretación dan vida y enriquecen al Derecho.

Para el juez Frank resulta conveniente que prevalezca la realidad sobre el mito de la certeza, de esta manera los jueces no podrán esconderse detrás de la "voluntad del legislador" y deberán asumir su propia responsabilidad en sus decisiones.

Una de las características más representativas de su pensamiento, es el rechazo a la interpretación literal, ya que desvirtúa el espíritu del legislador; la interpretación de una norma general puede llevar a una caricatura grotesca de los propósitos legislativos. El juez debe ser impersonal al elaborar sus fallos, es decir, necesita librarse de los prejuicios que lo animan y de sus propios criterios políticos<sup>67</sup>.

Frank considera que el juez inevitablemente participa con su criterio personal en la interpretación de las normas jurídicas, las cuáles no se presentan como una realidad terminada y definitiva, sino que en sí mismas ofrecen posibilidades de interpretación diversa. Es esta última circunstancia precisamente, la que facilita que el juez realice la interpretación de acuerdo con el criterio que él considera correcto.

Reconoce que la personalidad del juez juega un papel fundamental en el Derecho, en virtud de la imposibilidad de excluir el efecto de las reacciones personales en la interpretación de normas. Si se desconoce este dato el juicio que pueda emitir el abogado resulta incompleto. El juez es la figura central, sus

---

<sup>67</sup> Vid. *Ibid.*, 63.

prejuicios, sus sentimientos, sus creencias, sus intereses, etcétera, participan en el momento de decidir. Es posible que el juez resulte un racista o sienta repulsión por personas pertenecientes a ciertos sectores sociales o políticos. "Toda esta serie de factores determinan la forma de decidir por parte de los tribunales"<sup>68</sup>.

Frank señala que el juez debe colocarse en lugar del legislador, debe reflejar lo mejor que pueda lo prescrito por el legislador. En la interpretación de una ley debe establecer la verdadera voluntad del legislador, el juez debe hacer un esfuerzo para eliminar en el acto de valoración el elemento subjetivo.

Sobre el juez influyen, entre otros, los siguientes factores: su educación general y su especial educación jurídica; sus vínculos familiares y personales; su posición económica y social; su experiencia política y jurídica; su afiliación y opinión políticas; sus rasgos intelectuales y temperamentales. Lo único que podría contrarrestar las indebidas influencias de esos factores, sería la buena disposición que los jueces tuviesen para autoanalizarse a este respecto, de modo que por ese medio pudieran llegar a controlar tales influencias. Los jueces deben ser impersonales en sus decisiones y liberarse de sus prejuicios.

Desgraciadamente no suele ocurrir así, ya que algunos legislan judicialmente, dando rienda suelta a sus prejuicios personales en lugar de tratar de fundar sus resoluciones en la honesta estimación de la conciencia axiológica de la comunidad.

Llegar a un acuerdo uniforme acerca de la interpretación de las leyes basándose en los criterios sociales vigentes resulta por demás complejo, en virtud de que determinar en forma exacta dichos criterios, resulta prácticamente imposible. De tal suerte, el juez siempre tiene la posibilidad de una elección según su particular punto de vista.

---

<sup>68</sup> Idem.

El fenómeno de la interpretación es consubstancial o inevitable en el Derecho. En este aspecto, Frank considera que el sentido de una ley no debe ser buscado en un sector por separado, sino en el conjunto de todas las partes y en su relación con el fin a que apuntan. Adicionalmente, afirma que debemos confiar en el sentido común, la decencia y habilidad de los jueces cuando deben resolver algún caso particular.

Pero en realidad, la determinación de los hechos tiene mayor alcance práctico que la selección de las normas. La consideración de los hechos tiene una función fundamental en el momento de la sentencia. La verdad es que en los juicios, afirma Frank, más que discutir sobre el Derecho se plantean cuestiones sobre sucesos o sea sobre hechos. Ahora bien, sucede que en la determinación de los hechos intervienen múltiples factores subjetivos, de diversa procedencia y de muy variada índole.

Generalmente se trata de hechos pasados, y esta característica dificulta que los mismos se puedan repetir en su autenticidad durante el juicio, y tendremos que valernos de testigos para revivirlos; pero ocurre, que en cada uno de los casos de esa gran mayoría, los testigos están en conflicto con respecto a esos sucesos pasados. Esto plantea al juez una serie de interrogantes con respecto a los mismos testigos. Es posible que se den versiones contradictorias o falsas. De modo que el juez debe cumplir el papel de un investigador encontrándose siempre en la situación de que al final no puede decirse que su apreciación de los hechos sea absolutamente ajustada a los mismos<sup>69</sup>.

Cabe precisar que la apreciación de los hechos por parte de los tribunales cae dentro de su ámbito "discrecional". En este contexto, esta facultad que se le otorga el juez lo convierte en un verdadero legislador. En la medida en que el juez considere que los hechos no encajan en determinada norma, impide o desvía su

<sup>69</sup> Vid. Labarca Prieto, Domingo, "Breve visión del Realismo Jurídico Americano", en Revista de Ciencias Sociales, No. 12, Valparaíso, Chile. (1978), 71.

aplicación. En efecto, cuando el tribunal se dispone a aplicar una norma jurídica deber realizar una doble interpretación: la relativa a la norma misma, y la relativa a la prueba.

"Un tribunal anula una Ley cuando deforma los hechos de un caso en forma tal que la Ley se hace inaplicable. La 'discrecionalidad' delegada para encontrar los hechos puede, por tanto, convertirse en una facultad de impedir la realización de la intención legislativa"<sup>70</sup>.

La importancia de los hechos es crucial en los resultados de un proceso. Aún los mismos jueces, no pueden al iniciarse el juicio y en desconocimiento de los hechos que se probarán en el desarrollo de la causa, determinar con exactitud la decisión que van a tomar.

Al encontrarse el juez ante los hechos que se desprenden de las declaraciones de los testigos, debe de intuir la verdad de dichos hechos, convirtiéndose en creador del Derecho, en virtud de que con base en los hechos, debe aplicar una norma que será la que surja de la apreciación de los mismos.

El abogado que logra presentar al juez los hechos en la forma que le convienen a los efectos de la defensa de su caso, ha logrado uno de los pasos más importantes en el proceso. En virtud de que la visión de los hechos que el juez tiene es la que se le proyecta en el juicio y sobre la base de esa proyección, dictará su sentencia.

La aplicación del Derecho es realizada fundamentalmente por los "tribunales de prueba" cuando éstos establecen los hechos. En concordancia con lo anterior, remata Frank su interesante trabajo con estas palabras:

---

<sup>70</sup> Frank Jerome, Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes. Buenos Aires, 1951, Edit Losada, págs. 178 y 179. Citado por Labarca Prieto, Domingo. op cit., 63.

"Los tribunales de prueba modifican a menudo la interpretación de las leyes de manera más importante que los tribunales superiores. Todo estudio de la interpretación de normas que prescindiera de la consideración de los hechos por los tribunales de prueba, está utilizando una tijera de una sola hoja. Tal estudio terminará siendo inútil"<sup>71</sup>.

El Derecho legislado, en opinión de los realistas, no se presenta como una fuente totalmente lista para ser aplicada. El legislador suele ofrecer una cierta orientación a quien va a aplicar el Derecho, pero es el juez a quien le corresponde la difícil tarea de determinar la aplicabilidad de la norma a los casos concretos. En virtud de ello se le otorga una gran facultad discrecional al juez para que éste decida de acuerdo con su deber y entender.

Frank afirma que en el Derecho existe un amplio margen de incertidumbre. La incertidumbre es consubstancial al Derecho, por el carácter esencialmente plástico y mutable del mismo. Es necesario tomar conciencia de que el acento de nuestra época no recae sobre las estructuras establecidas, antes bien, sobre el cambio. El Derecho del presente, lejos de tener la seguridad estática que tuvo el orden Jurídico de otros tiempos, seguridad consistente en la conservación de los viejos Derechos instituidos, tiende por el contrario, hacia la seguridad dinámica, seguridad que Frank concibe como la protección de las gentes que se consagran a nuevas empresas y nuevas actividades. Para él, "en la época presente, nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de transporte y comunicación, nuevas modalidades de habitación, nuevas formas de crédito, nuevos modos de propiedad, nuevas concentraciones de capital, nuevos hábitos, nuevas costumbres, nuevos propósitos e ideales, hacen desvanecer la esperanza de que algún día pueda establecerse un sistema definitivo de Derecho que solvente todos los problemas. El acento de nuestra época recae sobre el cambio, sobre el

---

<sup>71</sup> Ibidem. 66.

encausamiento del cambio en un sentido progresivo, más que sobre la seguridad<sup>72</sup>.

Los rápidos y complejos cambios de las realidades de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces, el juez tiene que formular la norma, aunque las más de las veces lo haga bajo la falsa apariencia de interpretar viejas reglas.

Para Frank el papel que desempeñan las normas legislativas en el ordenamiento Jurídico, es secundario. La cuestión fundamental del Derecho es la prueba de los hechos que puede llevar a ganar el juicio, teniendo en cuenta los rasgos personales de los jueces, y la relación que ellos guardan con el medio ambiente en que actúan.

El Derecho efectivo se perfecciona, adquiere realidad no por la virtud exclusiva de las reglas abstractas, sino por la acción de seres humanos concretos. La personalidad del juez constituye un factor decisivo en el fallo.

Para que el Derecho tuviese plena uniformidad y certeza, sería necesario que todos los jueces fuesen iguales, que tuvieran idénticos rasgos intelectuales y emocionales. Sin embargo esa situación no es deseable en virtud de la conveniencia de nombrar jueces inteligentes, sensibles e ilustrados para servir mejor a la Justicia. Cabe destacar que esta situación genera indefectiblemente menos uniformidad en los fallos.

Frank se propone desvanecer esa ilusión, "ese mito de la plena seguridad jurídica, mostrando que constituye la supervivencia de un complejo infantil"<sup>73</sup>. Se propone además mostrar que la dimensión de la incertidumbre no es un mal como

<sup>72</sup> Recasens Siches, Luis, "El movimiento del Realismo Jurídico Norteamericano", en Lecturas de Filosofía del Derecho II. Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 1993. 180.

<sup>73</sup> Frank, Jerome. citado por Fasso Guido. Historia de la Filosofía del Derecho, Tomo III. Pirámide. Madrid, 1970, 224.

se ha supuesto erróneamente, sino que constituye una de las dimensiones que hace posible el logro de una mayor Justicia, así como el adelanto progresivo del Derecho.

Al decidir el juez, fundamenta su decisión en un principio. Puede ocurrir que sean aplicables diversos principios y en este caso es el juez, quien debe decidir acerca del principio aplicable, lo cual supone un acto de valoración. La Lógica formal trata solamente de la corrección de la inferencia, pero no suministra criterios para elegir entre las varias premisas posibles.

Tomando en cuenta todas estas afirmaciones, Frank establece que el único Derecho cierto es la sentencia dictada por un tribunal, cuando tiene carácter totalmente definitivo e inapelable.

En este contexto, las normas jurídicas simbolizan relaciones sociales y se constituyen como intentos de verbalización de similitudes reales entre casos diferentes. La norma trata de imponer igualdad donde existen diferencias. Sin embargo, los casos que se presentan en litigio ofrecen particularidades.

El caso concreto presenta en sus diferencias la posibilidad de circunscribirse a un determinado criterio normativo. Esta situación genera una tensión entre la norma y la singularidad de cada caso.

Muchas veces los jueces se sienten obligados por la doctrina ideológica oficial contenida en el Derecho legislado. En la práctica, sin embargo, los tribunales se apartan a veces de aquellas reglas legislativas que no concuerdan con la conciencia jurídica material predominante. En el espíritu de los jueces, como en el de otros ciudadanos, hay un límite para la posible escisión entre la conciencia jurídica institucional y la conciencia jurídica material. En particular, las reglas legislativas antiguas pueden perder vigencia, porque ya no están de acuerdo con las nuevas condiciones e ideas.

Con base en lo anterior, el abogado puede indicar que de acuerdo con la norma, que constituye un punto de orientación, el juez probablemente sentenciará de una manera determinada. En este sentido puede hablarse de cierto margen de predicción que es posible hacer partiendo de la norma jurídica. Pero sería un error querer limitar la predicción, tomando única y exclusivamente como punto de referencia a la norma jurídica.

El juez se encuentra limitado en su libertad de apreciación, en la medida en que los tribunales hayan decidido de una manera determinada ciertos casos similares, la presencia de las decisiones anteriores le imponen que sean tomadas en consideración. Sin embargo, como las circunstancias cambian, es posible que varíen los factores que en un momento histórico determinado se consideraron relevantes, los cuáles privaron en la determinación del criterio mediante el cual se establecía la igualdad esencial de los casos, y ello, genera la posibilidad de que no se siga manteniendo un precedente. En este orden de ideas, resulta necesario recordar la doctrina del *stare decisis*, que ya hemos mencionado, por la cual se limita la libre actividad creativa de los jueces.

La teoría del Derecho ha demostrado que gran cantidad de jueces se han apartado efectivamente de los precedentes sentados por fallos anteriores. Al decir de Frank, "los principios en que se fundaban dichos fallos pueden ser dejados a un lado por el juez que debe decidir nuevos casos, en virtud de que el principio que rige el caso que conoce, es otro, y que los casos son diferentes"<sup>74</sup>.

Con base en lo anterior, podemos considerar a una decisión como derivada de una gran variedad de reglas generales, esa decisión se fundamenta en los hechos del caso que se consideren relevantes. El Juez estima y califica los hechos relevantes, y puede así eludir un precedente invocado, si sostiene que un

---

<sup>74</sup> Labarca Prieto, Domingo A. "Breve visión del Realismo Jurídico Americano", en Revista de Ciencias Sociales, número 12. Valparaíso, Chile, (1978).

aspecto u otro del caso en consideración diferente del anterior, de modo que éste no lo obliga.

Las normas jurídicas generales o los precedentes son ciertamente elementos que influyen en el juez al decidir, pero no son los únicos, ya que los factores económicos, políticos, sociales y, más aún, factores de orden subjetivo, ejercen también una enorme influencia en el ánimo del juzgador. Estos factores individuales únicos son a menudo causa más importantes de las sentencias que cualesquiera otras cosas que pudieran ser clasificadas como inclinaciones políticas, económicas o morales.

El juez crea el Derecho efectivo, aunque haya normas generales preexistentes, y lo hace bajo el influjo de los caracteres de su personalidad.

*Todo juez tiene que establecer los hechos, sopesar las pretensiones contradictorias de las partes, formular la calificación jurídica de esas pretensiones, formular la calificación jurídica de los hechos, y, además, en caso necesario tiene que revisar y reajustar las reglas preexistentes para enmarcar en ellas el caso planteado. En este sentido, en la conciencia social no existe un rechazo hacia el cambio del Derecho cuando las mutaciones se producen por vía legislativa. Pero genera incertidumbre lo que pueda haber de impredecible en los resultados de la función judicial. La existencia de una ley previa, cuyas expresiones parecen a primera vista ser claras, no elimina los factores de incertidumbre o falta de seguridad.*

Por otra parte, es preciso darse cuenta según Frank de que se ha exagerado mucho el grado de seguridad que el Derecho puede proporcionar, y se han exagerado también mucho los beneficios de la certeza, así como los males de la incertidumbre. La incertidumbre del Derecho no es una cuestión accidental, no es tampoco el resultado de una deficiencia, por el contrario, tiene un inmenso valor social.

Mientras un tribunal no haya pronunciado una sentencia ejecutiva sobre una determinada situación, aún no hay Derecho cierto y efectivo respecto de ese caso. Por consiguiente, cabe afirmar que el Derecho respecto de una determinada situación, es, o bien el Derecho efectivo, real, contenido en una sentencia pronunciada en el pasado sobre dicha situación, o bien sólo un Derecho probable, es decir, la suposición sobre una sentencia futura. De tal suerte, si el jurista conoce la personalidad del juez, de los testigos y no desconoce los hechos, estaría en condiciones de efectuar un pronóstico relativamente certero acerca de los resultados del juicio.

Convencionalmente se cree que la sentencia consiste en aplicar una norma preestablecida a unos hechos objetivamente determinables. Sin embargo, ninguno de esos dos supuestos se ajusta a la realidad. Ni las normas están establecidas con certeza de antemano; ni los hechos son entidades objetivas y determinables con plena seguridad.

Ha quedado establecido, que para Frank el Derecho efectivo consiste en los fallos de los jueces, y resulta que éstos deciden muchas veces por intuición; en este sentido la clave del problema consiste en averiguar cómo el juez forma sus intuiciones o sentimientos.

Este autor afirma que la sentencia del juez no es previsible, ya que no es fruto de razonamientos, sino de intuiciones (*hunches*), "por las cuales el juez llega a la propia decisión aún antes de haber procurado desarrollarla, por ello, la fe en la certeza del Derecho como elemento de seguridad en cuanto a lo imprevisible, es infundada"<sup>75</sup>.

Uno de los factores que contribuyen a la formación de las intuiciones del juez, consiste en las normas y principios Jurídicos declarados en las leyes, los

<sup>75</sup> Frank, Jerome. citado por Fassio Guido. . op. cit, 225.

reglamentos, los precedentes jurisprudenciales y las doctrinas en boga. Cabe destacar que muchas veces surge el problema de tener que elegir entre distintos principios igualmente válidos, determinando a cuál de ellos le corresponde rango estimativo superior. En esta elección influyen las convicciones personales del juez. Tal vez el juzgador no quiere dejarse llevar por sus opiniones personales, e intenta orientarse por lo que considera como convicción social predominante. Pero aunque sea así, la elección de la norma depende de su interpretación personal sobre cuál sea la convicción colectiva preponderante. En esa interpretación no pueden dejar de influir las opiniones políticas y sociales del juez.

La aportación de Frank resulta indiscutible, su teoría ha sido objeto de innumerables críticas. Pese a ello resulta innegable que sus análisis contribuyeron a la demolición del pensamiento Jurídico tradicional que limitaba a los jueces, considerándolos como simples aplicadores de las fuentes del Derecho preestablecidas, y cuya única función era la de singularizar en la norma individualizada lo que estaba ya solucionado en la norma general.

La tradición jurídica predominante consideraba que la función de los jueces consistía en descubrir el Derecho, sin que pudieran aportar nada para crearlo. Los jueces debían esforzarse en descubrir el Derecho, el cual se consideraba que estaba totalmente prefabricado. Se llegaba a decir, que cuando cambiaba una doctrina judicial, cuando la Suprema Corte modificaba su jurisprudencia sobre un punto, esto no constituía creación de nuevos criterios Jurídicos, sino única y exclusivamente la rectificación de un mapa jurídico anterior que había sido trazado erróneamente. Se trataba tan sólo de una revisión de la categoría jurídica.

El Realismo Jurídico Americano le concede una enorme importancia al examen de los datos de la experiencia judicial, y subestima el papel desempeñado por las normas y las doctrinas abstractas, para comprender los problemas Jurídicos. Frank, por su parte entendió que la etapa en que se determinan o dan por probados los hechos es crucial. "Allí es donde la Justicia

decide el destino de los hombres y allí es, precisamente, donde reina la mayor incertidumbre<sup>76</sup>. Frank reprocha a todos los juristas, incluso a los partidarios de un Realismo moderado, haber soslayado esa cuestión fundamental.

Por otro lado, Frank eleva a un nivel muy alto a la norma individualizada. En ella encuentra la verdadera realidad jurídica, que es "el Derecho en vivo", el Derecho vigente. Así mismo, rechaza la idea de que las normas generales sean las que constituyan el Derecho que realmente nos rige; pues, éstas representan tan solo uno de los tantos elementos que motivan al juez en su decisión, las normas generales no suministran una base suficiente para poder predecir con exactitud los fallos futuros; ni constituyen tampoco explicación suficiente de los fallos pretéritos.

De tal suerte, resulta imposible pretender que dichos juicios enunciativos tengan un efecto decisivo en la conciencia del juez. El Realismo Jurídico, en la obra de Frank, convierte el estudio del Derecho en un verdadero problema. El jurista se encuentra en una situación difícil al intentar predecir el Derecho. El estudio jurídico se convierte en el arte de predecir la probable conducta que observarán los jueces, en lugar de constituirse como un conocimiento de una realidad jurídica que objetivamente nos rige. El estudio del fenómeno jurídico requiere ubicarlo en un contexto más amplio, considerando las aportaciones de una amplia gama de disciplinas científicas.

Se le ha objetado al Realismo Jurídico de Jerome Frank, el hecho de que hace demasiado hincapié en la personalidad del juez, como factor humano. Es cierto que los factores familiares, religiosos, educacionales, políticos, prejuicios, etcétera, influyen sobre el juez y en este sentido, la psicología acude a respaldar las afirmaciones del Realismo Jurídico; sin embargo, si bien es cierto que el mal juez se deja influir por su maldad, el buen juez tratará de controlar cualquier impulso que pueda perturbar una correcta administración de la Justicia. Por otra

---

<sup>76</sup> Idem.

parte, la estructura orgánica de la administración de Justicia contribuye a controlar este tipo de desviación.

En lo concerniente al ordenamiento Jurídico, se ha expresado, que cuenta con una importancia mucho mayor de la que le asigna el Realismo Jurídico de Frank, "los jueces en su función judicial se sienten constreñidos por las normas jurídicas. A tal grado que, para eludirlos, se ven obligados a alterar las conclusiones relativas a los hechos o a modificar su sentido"<sup>77</sup>.

Es verdad que en una sociedad simple y de estructura estable, la mayor parte de las normas jurídicas se hallan establecidas con relativa certeza y son individualizadas con bastante uniformidad. Pero en la sociedad de nuestro tiempo, con los rápidos cambios que cada día aporta la vida moderna, la mayor parte de las reglas y de las normas, se han convertido en inestables, inciertas y hasta cierto punto inoperantes, razón por la cual son subestimadas por la teoría realista, *no obstante, resulta innegable la importancia que tiene en el Estado de Derecho, la existencia de un marco Jurídico e institucional que tiende a encauzar el devenir del hombre.*

---

<sup>77</sup> *Ibidem.*, 227.

## **CAPÍTULO CUARTO**

# **MOVIMIENTO ANTIFORMALISTA Y CRÍTICAS AL REALISMO AMERICANO**

**"ESPERO QUE NO SE CONSIDERARÁ  
JURISPRUDENCIALMENTE CHAUVINISTA  
OBSERVAR QUE LA REVUELTA CONTRA EL  
FORMALISMO MADURÓ ANTES EN LA  
JURISPRUDENCIA QUE EN LAS CIENCIAS  
SOCIALES"**

**JULIUS STONE**

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **IV. AUTORES ANTIFORMALISTAS RELACIONADOS CON EL REALISMO AMERICANO; Y PRINCIPALES CRÍTICAS AL MOVIMIENTO REALISTA**

#### **A. AUTORES ANTIFORMALISTAS RELACIONADOS CON EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO**

Como ya se ha explicado, el movimiento del Realismo Jurídico Americano no es formalmente, al menos, una escuela o corriente de la Filosofía Jurídica. Las más de las veces, los autores la refieren como una Teoría del Derecho. Debido a esto, es que no es fácil precisar, e incluso existen notables diferencias, en torno a la ubicación de los pensadores estadounidenses principalmente, que para algunos son precursores, en tanto que para otros son fundadores o netamente exponentes del referido movimiento.

Lo mismo sucede en cuanto al tema de distinguir a otros estudiosos del fenómeno Jurídico, que de alguna forma se relacionan con el Realismo Jurídico Americano, pero que no se les considera totalmente como integrantes del movimiento.

Estimo necesaria esta precisión metodológica, ya que he encontrado en algunos textos diferentes opiniones en cuanto a los autores que en este apartado se desarrollan. Todos ellos tienen en común, su carácter antiformalista, pero no todos ellos coinciden con las propuestas fundamentales del Realismo, que han sido explicadas en el capítulo anterior.

Ya se ha señalado en este trabajo de investigación, que el movimiento no surgió en un ámbito universitario, ni siquiera académico en el sentido más amplio, sin perjuicio de que algunos autores hayan sido notables profesores en algunas

de las más reconocidas instituciones de estudios superiores de los Estados Unidos. La generalidad de los exponentes fueron jueces, y algunos litigantes. Todos ellos fueron imbuidos por un fuerte sentido pragmático de la función judicial, ya desde la óptica del juez, o de las partes en conflicto.

Hecha esta aclaración previa, a continuación se explicarán las principales ideas de algunos de los autores más representativos de lo que algunos teóricos han denominado "la revuelta contra el formalismo".

### **Benjamín N. Cardoso**

Este autor pertenece a la denominada "escuela de jurisprudencia sociológica", sin embargo, realiza algunas aportaciones al Realismo. Al igual que Pound y Holmes, reconoce que la sociedad no es estática y que el Derecho no puede ser congelado en modelos formalistas sobre la legislación de una época determinada, pues debido a su dinamismo, es continuamente superado por las exigencias sociales.

Benjamín Cardoso es autor de varias obras fundadas en su amplia experiencia en la administración de Justicia. En ellas establece que la sentencia no puede considerarse tan sólo como un proceso de descubrimiento, sino que también constituye --en alto grado-- un proceso de creación. Ya que el juez interpreta la conciencia social y le da efectos Jurídicos, y con ello, él mismo contribuye a formar y a modificar la conciencia que él interpreta. En el proceso intelectual por virtud del cual el juez decide un litigio, la lógica desempeña tan sólo una función subordinada. El juez debe proceder a la valoración de los intereses en conflicto, ponderándolos unos frente a otros, de manera que consiga, mediante su fallo, el mayor equilibrio social posible. Generalmente el juzgador tiene que elegir entre dos o más posibilidades lógicamente admisibles y en su elección

indefectiblemente influirán una serie de factores, como por ejemplo: sus creencias tradicionales y sus convicciones propias.<sup>78</sup>

### Carlos Cossio

Este autor nacido en 1903, se considera el fundador de la "escuela argentina de la Filosofía Jurídica".

Este autor argentino denomina su propuesta como "Teoría egológica", aunque en realidad, se le considera como un neokelseniano. Coincide con los realistas en la idea de que el Derecho no consiste en las normas formales, sino en la realidad que se vive con base en ellas. Reconoce la importancia de la existencia de un ordenamiento legislativo, pero la experiencia real que se deriva de él, es lo que constituye realmente al Derecho. Está de acuerdo también, en criticar el excesivo logicismo en la interpretación del sistema Jurídico como un ente integral e infalible.

La palabra "Egológica" no debe entenderse en el sentido que se desprende de su etimología, según la cual sería el estudio del "yo". Se refiere en realidad, a una propuesta de estudio del Derecho, entendiéndolo como "experiencia" o "experiencia Jurídica", llevada a cabo necesariamente por "alguien". En este sentido, la Egología tiene como objeto de estudio al sujeto que realiza una conducta Jurídica.

Este autor ha aportado importantes puntos de vista críticos contra la lógica deductiva en la interpretación. Considera que "aplicar la ley es enfocar una conducta desde el ángulo de la ley, es decir otorgarle el sentido axiológico contenido en la ley"<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis, op. cit., 48.

<sup>79</sup> Cossio, Carlos, La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires, Abedelo Prot, 1964., 281

El jurista es el hombre de Ciencia que tiene como objeto de análisis al Derecho (entendido como género), el cual se manifiesta en diversas especies, entre las cuales, Cossio considera de manera sobresaliente a la sentencia. Este es un punto de coincidencia con el Realismo Jurídico.

Uno de los puntos más importantes de su teoría es la distinción que hace entre norma Jurídica y Derecho. La norma Jurídica no es el Derecho, sino simplemente un concepto o un medio que sirve para enunciar la conducta hipotética, cuya realización es en sí el objeto de conocimiento real del Derecho, y que es propiamente la experiencia Jurídica<sup>80</sup>.

El Derecho no es la voluntad de Dios, ni la voluntad del pueblo, ni menos la norma dictada por el Estado, sino la conducta de la gente, la experiencia Jurídica real. El Derecho es la conducta desplegada por un sujeto cuando ésta interfiere con la de otro. Cossio estudia "a la intersección o cruce de conductas que denominaremos 'conducta en interferencia intersubjetiva'"<sup>81</sup>. Es decir, él llama así a aquellas conductas que se cruzan entre dos o más sujetos. El Derecho estudia precisamente ese tipo de comportamiento.

Para Cossio a diferencia de los realistas, el Derecho es el hombre mismo en su conducta interferida con la de los demás. Centra su concepto de Derecho en las relaciones Jurídicas que se viven cotidianamente de manera armónica con base en las leyes, y no en los procesos judiciales ni en las decisiones de los tribunales.

### **Joseph W. Bingham**

Este filósofo del Derecho es considerado como otro de los principales inspiradores del movimiento realista. Bingham ha sido un iconoclasta respecto de viejos mitos y ficciones convencionales. Ha intentado despejar la confusión

---

<sup>80</sup> Vid. *idem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 283

existente en torno al sentido del Derecho, denunciando las falacias del pensamiento Jurídico pretérito y contemporáneo. Al igual que Llewellyn y Frank, Bingham no acepta que el Derecho sea sólo un cuerpo de normas y principios<sup>82</sup>.

El campo del Derecho es mucho más amplio y mucho más complejo que un sistema de normas y de principios. Es un ámbito para el estudio científico, análogo al campo de cualquier otra Ciencia. Las secuencias de hechos y sus efectos Jurídicos son los fenómenos externos que se toman en cuenta para la investigación y la predicción de las funciones judiciales. Los juristas han desarrollado tanto reglas como principios y se han adoptado términos técnicos con definiciones más o menos estereotipadas. Todo eso constituye tan sólo un conjunto de instrumentos mentales que son usados para clasificar, expresar y comunicar de modo abreviado el conocimiento acumulado del Derecho, de ahí que les reconozca cierta importancia para el estudio del fenómeno Jurídico.

En cuanto a los sistemas filosóficos que se propusieron llegar a una construcción ordenada lógicamente, partiendo de un principio supremo que supuestamente expresaría una verdad eterna, opina que se fundan en una falacia ambiciosa. Opina Bingham que "por muy interesante que pueda ser el ejercicio dialéctico, es más apremiante conocer a fondo los hechos de la vida y los problemas políticos, que alcanzar una pulcritud en la coordinación lógica"<sup>83</sup>.

Ahora bien, siguiendo una ruta en algún modo diferente de la de Llewellyn y Frank, Bingham apunta que las generalizaciones hechas por los jueces suelen ser meramente factores eventuales que les ayudan para efectuar su fallo; pero que no son el Derecho. Los tribunales no titubean en pasar por alto precedentes jurisprudenciales, ni en ignorar aquellas generalizaciones judiciales, cuando los hechos concretos en litigio así lo requieren. Lo que constituye la substancia del Derecho es el caso concreto, consistente en los hechos y en las consecuencias oficiales que se siguen de tales hechos. Lo que le interesa al jurista práctico es

<sup>82</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis., op. cit., 50.

<sup>83</sup> Ibidem, 52.

comprender y expresar cuál será la conducta de los tribunales y de algunas autoridades administrativas, basándose para ello, en el análisis del tipo de comportamiento que tuvieron anteriormente.

Sucede a menudo, que el criterio que el jurista práctico se forma, sobre la base de analizar la conducta judicial anterior, no coincide exactamente con lo que expresan los libros de Derecho. Bingham dice que una comprensión adecuada de los hechos habrá de aportar una considerable mejoría en la educación Jurídica, una más elevada comprensión de las funciones del juez, y por consiguiente, un progreso en la administración de Justicia<sup>84</sup>.

### Hesel Ytema

Este autor enfocó sus investigaciones en torno a los métodos para mejorar la administración de Justicia, a efecto de que los abogados cumplan de manera satisfactoria sus deberes profesionales para con sus clientes y para con el Derecho en general<sup>85</sup>.

Hesel Ytema considera que la Ciencia Jurídica ha de partir de dos supuestos:

- A) Que el efecto del Derecho sobre la conducta de los seres humanos es medible;
- B) Para los propósitos de la investigación a un nivel científico, no es necesario considerar a la conducta humana como algo que implique esencialmente el ejercicio del libre albedrío.

Los estudios de Ytema tienen como objetivo, además de desarrollar mejores métodos para la administración de Justicia, favorecer la elaboración del

---

<sup>84</sup> Vid. Enciclopedia Jurídica OMEBA, op.cit., 35.

<sup>85</sup> Vid. ibid. 37.

Derecho. Por lo tanto, hay en sus trabajos una orientación por criterios axiológicos. No pretende elaborar una teoría estimativa.

Sin embargo, enfatiza que los ideales de Justicia deben encontrarse estrechamente vinculados con los ideales humanos, para que puedan ser reputados como verdaderos ideales, en este mismo sentido, declara que la Justicia se alcanza no tanto con construcciones lógicas sino a partir de las relaciones entre los hombres.

### Walter Wheeler Cook

Este autor ha promovido el desarrollo del método científico en el Derecho, a pesar de que reconoce que en éste no se puede conseguir una certeza similar a la que se obtiene en la física matemática.

Cook ha realizado una crítica en contra de los realistas radicales que rechazan toda generalización en el campo del Derecho. Considera que las generalizaciones gozan de un carácter instrumental para el estudio del fenómeno Jurídico.

Insiste que en el Derecho, al igual que en las Ciencias de la naturaleza, la práctica precede a la teoría, al menos en una considerable medida; y que hay conclusiones que de hecho no han sido obtenidas por la vía deductiva. A este respecto, minimiza la importancia del silogismo, porque lo fundamental no estriba en la corrección formalista del razonamiento, sino en el hallazgo de premisas firmes.

De modo similar a otros autores realistas, Cook subraya que el abogado, análogamente a lo que le sucede al ingeniero o al médico, trata de predecir acontecimientos futuros. En su caso, lo que desea saber es qué harán las gentes que componen el tribunal o el jurado cuando tengan que decidir sobre

determinado caso. Claro que la conducta pretérita de los jueces puede ser descrita en términos de algunas generalizaciones, es decir, de reglas o principios; sin embargo enfatiza la importancia de que el abogado tome plena conciencia de que su caso es "nuevo", porque las reglas y principios no llegan a cubrir enteramente la situación.

Lo mismo se puede y se debe decir respecto del juez, cuya tarea no consiste tanto en hallar el sentido preexistente de reglas y principios anteriores, sino dotar a esas reglas y principios de una significación referida a todos los factores que integran el litigio. Es por eso que aunque haya normas generales preexistentes, el juez —quíeralo o no— tiene que legislar; y puesto que ha de elegir una solución para el pleito, su elección tendrá que orientarse por consideraciones políticas y sociales.

El juez indefectiblemente se encuentra obligado a realizar una compleja valoración de las consecuencias que habrán de generarse en virtud de su fallo. Para ello el juez necesita saber dos cosas:

- A) ¿Cuáles son los efectos sociales a los que debe apuntar? y
- B) ¿De qué manera el fallo que dicte afectará aquellos efectos?

Para saber qué efectos sociales traerá su fallo, el juez debe buscar información en las Ciencias sociales. Establece lo anterior en razón a que las leyes humanas son instrumentos que la sociedad emplea para regular la conducta humana y para promover comportamientos considerados como deseables. En este contexto el fenómeno Jurídico se constituye como una Ciencia socio-humanista.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Víd. Idem.

## Félix Cohen

Este autor se caracteriza por ser un crítico de las doctrinas tradicionales que conciben a los conceptos Jurídicos como entes metafísicos. En tales doctrinas, las normas Jurídicas no aparecen ni como descripción de hechos sociales empíricos, ni tampoco como la formulación de ideales éticos, sino que más bien se presentan como una especie de teoremas pertenecientes a un sistema independiente. En este contexto un argumento Jurídico nunca podrá ser refutado por un principio ético ni por un hecho empírico. En virtud de lo anterior, piensa que "la jurisprudencia aparece como un sistema autónomo de conceptos, normas y argumentos Jurídicos, que tiene que ser independiente, tanto de la ética, como de las Ciencias positivas (economía, psicología, sociología)"<sup>87</sup>.

Propone un enfoque funcional del fenómeno Jurídico, basándose en la efectiva conducta judicial, con apoyo en la ética, pero al margen de la lógica. Para Cohen, la ética se constituye como un aspecto imprescindible en la función judicial, debido al contenido axiológico de las normas. No obstante, el juez sólo debe utilizarla como un elemento auxiliar. El tratamiento funcionalista requiere además del apoyo de las Ciencias sociales para determinar el significado real de las normas Jurídicas<sup>88</sup>.

El pensamiento Jurídico creador debe tomar en consideración los hechos reales de la conducta judicial. Debe emplear métodos estadísticos para la descripción científica y para la predicción de la conducta judicial; así mismo, se propondrá descubrir los "resortes ocultos" de las sentencias judiciales, y lo más importante, deberá ponderar las fuerzas sociales que aparecen representadas en las cortes de Justicia.

El jurista no trabaja con símbolos, ni con conceptos, antes bien, con valoraciones humanas en conflicto. En este sentido, sostiene que el pensamiento

---

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Vid. Recaséns Siches, Luis, op. cit., 53.

Jurídico creador deberá estimar, en términos éticos, los valores sociales que están en juego en el problema de elegir entre dos normas.

Cohen propugna un estudio preliminar del Derecho, en función de la existencia de innumerables factores que influyen sobre la conducta judicial, entre estos factores destacan las creencias que el juez tenga sobre los valores, en tal virtud, la Ciencia Jurídica debe estudiar esas estimaciones en tanto que representan hechos sociales efectivos.

Para Cohen, "la función de la Ciencia Jurídica consiste más en arrojar luz sobre el verdadero significado de las reglas Jurídicas mediante el análisis de los efectos que ellas producen en el orden social. La estimación o valoración de esos efectos no pertenece a la Ciencia Jurídica, antes bien, es un tema de la ética"<sup>89</sup>.

Félix Cohen no rechaza la legitimidad de las valoraciones; únicamente las remite al ámbito ético. Por otra parte, sostiene que la ética no debe ignorar los datos producidos por la Ciencia Jurídica; y viceversa, la Ciencia Jurídica tampoco debe ignorar que los problemas de la ética. Afirmo lo anterior porque ambas materias tienen una dimensión axiológica, puesto que el Derecho implica un juicio ético sobre hechos sociales<sup>90</sup>.

A Cohen no le interesa la norma escrita, ni el Derecho en los libros, sino su aplicación, su vigencia, su efecto concreto sobre la vida y el patrimonio de los hombres. Acepta la concepción del Derecho como norma, no obstante concentra su interés en el proceso dinámico de su aplicación por los órganos de la comunidad y en las consecuencias de esa aplicación sobre quienes la integran. Le preocupan, por lo tanto, los cánones axiológicos que guían al juez en su misión interpretativa y el conjunto de los factores de carácter psicológico y sociológico que influyen en sus decisiones.

<sup>89</sup> Hernández Marín, Rafael. Historia de la Filosofía Contemporánea. Tecnos, Madrid, 1986, 275.

<sup>90</sup> Vid ibidem, 276.

El centro de su interés sigue siendo el normativo, aunque para el dominio de la materia rechace los métodos puramente lógicos para incorporar, en cambio, las contribuciones de la sociología y la axiología. En busca de seguridad y certeza, Cohen trata de encontrar las razones de la regularidad de los comportamientos judiciales. Ellas le permitirían predecir las probables sentencias de los jueces en los casos del futuro.

### **Alf Ross**

Este autor es el principal representante del Realismo escandinavo, de ahí la importancia de puntualizar nuevamente algunas directrices de su pensamiento, que presentan una estrecha vinculación con el movimiento realista en los Estados Unidos de América.

Alf Ross ejerció su magisterio en la facultad de Derecho de la universidad de Copenhague y es miembro del cuerpo docente de la universidad de Upsala, en Suecia.

Fue discípulo de Hans Kelsen quién, según declaraciones de Ross, fue quien lo inició en la Filosofía del Derecho y le enseñó, sobre todo, la importancia del pensamiento coherente. Así mismo reconoce de manera especial, la influencia de maestro Axel Hägerström, quien le hizo ver la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del Derecho y de la moral; además le mostró las bases para formular su especial concepción del Derecho e incluirlo, definitivamente, en el mundo de los hechos.

Su obra principal se denomina "Hacia una Ciencia realista del Derecho", en ella trata el concepto del Derecho y la posibilidad de una síntesis entre norma y hecho. Este autor propone como método de estudio idóneo para conocer al Derecho, uno basado en los principios y lineamientos de las Ciencias empíricas.

La Ciencia Jurídica, no debe tener por tanto como único fin la descripción del Derecho, sino que además debe buscar su comprobación mediante la observación y la experimentación, tal y como se aplica para la investigación empleada en las Ciencias Naturales.

Su teoría sigue los cauces del Realismo y del Empirismo; elimina toda concepción que haga referencia a los valores morales, éticos, religiosos o de cualquier otra índole, que puedan encontrarse en los preceptos Jurídicos, así como al elemento de validez; ya que según este autor, son precisamente estos lineamientos los que han causado tanta confusión y error en la doctrina. Así, la Ciencia Jurídica debe describir tan sólo los hechos sociales.

Ross desde su posición ideológica, no puede admitir la idea de un Derecho universal y lógicamente válido e inmutable, y es por ello que pasa por alto la aprobación o reprobación moral. En virtud de lo anterior, considera inútil la tarea de definir al Derecho *in genere*, como si esa definición estuviese irremisiblemente identificada con la idea de Justicia o derivada de ella, y busca en cambio, siguiendo un criterio práctico, la forma de distinguir al Derecho vigente de otros órdenes o cuerpos individuales de normas, es decir, trata de destacar por qué un orden nacional vigente constituye un todo único con una coherencia de significado interna, que es la que determina lo que queda incluido dentro de ese todo.

En este sentido, llega a tener cierta identidad con el pensamiento de Kelsen, en cuanto a la concepción del Derecho de una comunidad como un orden total, no obstante cabe enfatizar la diferencia de enfoque, que en Ross se manifiesta principalmente socio-psicológico y en Kelsen "puro".

Para comprender y estudiar al Derecho, es necesario analizarlo a través del comportamiento del ser humano dentro de una comunidad, es decir la "realidad social". Con esto, lo que Ross pretende explicar es que tan sólo los hechos del ser

pueden constituir una Ciencia Jurídica empírica, que es el Derecho y elevarlo al carácter de una verdadera Ciencia.

En este punto, cabe establecer una diferencia que el propio Ross reconoce entre la Teoría pura del Derecho y el Realismo Jurídico.

Para la Teoría Pura, el Derecho es un sistema normativo, pero como las normas no se refieren al ser, sino al deber ser, no puede por lo tanto, hablarse de una Ciencia del Derecho. Aquí la norma prescribe la forma en que los hombres dentro de determinada comunidad deben conducirse.

En contraposición a ello, Ross dice que la norma es producto del ser, es decir, surge pensando en la manera como deben conducirse los hombres a quienes va dirigida. Distingue el proceso de creación de una norma, entendida como el ser, de la norma en sí, que hace referencia a su alcance.

Ross se opone firmemente a la idea de que el estudio de esta Ciencia se dirija obtener un conocimiento normativo.

Aunque es cierto que el Derecho se compone de normas y que la dogmática Jurídica las estudia, su propósito consiste en excluir cualquier consideración metafísica: hay que estudiar los hechos sociales.

El autor describe al Derecho como "el conjunto de normas de deber ser, dirigidas a los órganos Jurídicos para prescribirlas la manera en que deben de actuar en determinadas circunstancias y bajo qué condiciones aplicarlas, aún si es necesario coactivamente a los miembros de la sociedad"<sup>91</sup>.

Para el autor, la Ciencia Jurídica no se encarga de establecer el modo en que los seres humanos actúan de hecho, sino la forma en que deben de

---

<sup>91</sup> Fasso Guido. op.cit., 242

comportarse según las reglas establecidas en la sociedad a la cual pertenecen, describiendo los hechos de esa comunidad.

Por el contrario, las Teorías tradicionales enfocan su estudio considerando el elemento de validez, ya sea como una característica *a priori* (como lo hace el positivismo Jurídico) o como una característica que deriva de la razón (el jusnaturalismo en sus diferentes tendencias), lo que conduce a los estudiosos del Derecho a una serie de interminables discusiones de carácter metafísico, olvidando el objeto fundamental de estudio para conocer y comprender la disciplina Jurídica y atribuirle el rango de Ciencia del Derecho.

## B. PRINCIPALES CRÍTICAS AL REALISMO AMERICANO

Considero este apartado como uno de los más importantes de la presente investigación, ya que si bien se pretende ofrecer una visión integral, que revalore y desmitifique ideas trilladas y falsas, que se han convertido en lugares comunes para la mayor parte de quienes refieren al Realismo Jurídico Americano, no pretendo hacer una apología a toda costa que soslaye los puntos oscuros de este movimiento filosófico-Jurídico.

El modelo epistemológico propuesto por el jusrealismo ha gozado de una enorme aceptación en los Estados Unidos, en virtud que ha posibilitado la organización política y Jurídica de su sistema, conforme a sus necesidades espirituales y materiales, proporcionando cierta "estabilidad"; una estabilidad fundada en el devenir y el constante cambio. Aunado a lo anterior, ese auge ha sido propiciado en parte, por la importancia que atribuye el Realismo Jurídico Americano a la función jurisdiccional, lo cual coincide plenamente con la preponderancia de las decisiones judiciales en el sistema Jurídico norteamericano, de acuerdo con las expectativas y sentido pragmático del modo de ser de los ciudadanos de ese país.

Desde su misma gestación, este modelo ideológico ha sido criticado aún dentro de los propios Estados Unidos, en ocasiones con suavidad y en otras con energía.

Cabe destacar que desde la denominación misma de la teoría ha sido objetada, ya que se estima que el término Realismo es equívoco, pues se entiende tanto en el plano de lo fáctico, como opuesto a lo lógico, y por otro lado, como lo material, opuesto a lo ideal (Realismo versus idealismo). Por lo anterior, y atendiendo a sus propuestas, se piensa que sería mucho más preciso considerar a esta ideología como un movimiento sociológico-Jurídico.

Uno de los principales reproches que se hace a los realistas, consiste en que sus análisis son construcciones que se fundan en estudios multidisciplinarios, así como en criterios subjetivos y relativistas, carentes de rigor científico. Al respecto, se afirma que los postulados realistas tienen una tendencia natural hacia un Realismo intuitivo y de sentido común, más que hacia una investigación científica<sup>92</sup>.

En este mismo orden de ideas, al movimiento realista se le ha atribuido un carácter utilitarista, tendiente a justificar el egoísmo del hombre y se le ha considerado como un relativismo ético en cuanto a sus criterios valorativos.

El relativismo ético que caracteriza al Realismo Americano ha ocasionado que se cuestione el hecho de que tome "lo que es útil" como principal punto objetivo de valoración, sin considerar la importancia de lo "útil para qué". Así mismo, al ocuparse de encontrar respuestas a los problemas más actuales, es muy discutible que se olvide de considerar el impacto de la Filosofía instrumentalista en el sistema social.

En cuanto a las ideas esenciales del Realismo Americano, una de las críticas más contundentes se refiere a la exacerbada importancia que atribuye a la decisión judicial para la realización de la Justicia, y a la amplitud discrecional que concede a la actuación jurisdiccional, considerando a las normas elaboradas por el legislador como meras pautas que el juez sigue cuando lo estima oportuno.

Se cuestiona también, tanto la capacidad, como la idoneidad de los jueces para establecer políticas sociales, a través de la función de la revisión judicial. Por ello, la elección de los valores que debe imponer la judicatura en una determinada sociedad, continúa siendo el centro en el debate actual sobre el adecuado papel de las cortes.

---

<sup>92</sup> Vid. Hernández Marín, Rafael, op. cit. 277.

El Realismo Jurídico Americano critica severamente la concepción mecánica de la Justicia, característica de los sistemas Jurídicos que pertenecen en la clasificación de René David a la familia romano-canónica, ya que convierte al juez en un autómatas que se limita a confrontar hechos con una norma e imputar la consecuencia prevista, sea esto justo o no. Pero en respuesta a ese mismo planteamiento, se hace notar que la propuesta realista pondera la equidad, entendida como la materialización de la Justicia en cada caso concreto, considerándolo como único, y reconociendo al juez la máxima amplitud discrecional para resolver, con lo cual se genera una grave situación de incerteza Jurídica, ya que se da la posibilidad de que un mismo caso sea resuelto de tantas maneras distintas, como jueces conozcan del asunto, debido a las circunstancias culturales, vivenciales y en general psicológicas del juzgador.

Así, es que los críticos del Realismo Americano señalan, que éste pondera un concepto de Justicia más apegado a la función jurisdiccional, como juicio en la conciencia del juez, lo cual genera indefectiblemente una enorme incertidumbre e inseguridad Jurídicas. Es decir, su interés por considerar todos los factores reales de una controversia legal, llega a extrapolar la individualización de la norma al caso concreto por medio de la función judicial, al grado de generar sentencias impregnadas de relatividad conforme a las condiciones subjetivas del juez.

Se refuta también al Realismo, porque desconoce la importancia del contenido axiológico de la norma legislativa y su carácter democrático y legitimador del Derecho, al ser elaborada por representantes populares. Además, la norma legislativa tiene un elevado grado de eficacia, cuando la Justicia se realiza, por la ley que se aplica en un caso que no llega a controversia judicial.

Se ha criticado además, que para esta teoría el juez no es más que una realidad Jurídica. Se enfatizan de esta manera los límites que tiene el juez, como elemento humano, cuya función consiste exclusivamente en aplicar el Derecho

apegado a las directrices legales. En este contexto se establece tajantemente que la condición del juez es una mera elaboración del Derecho.

El Realismo rechaza las generalizaciones eidéticas, que suponen un conceptualismo Jurídico y la Teoría de la subsunción lógica. En este sentido la crítica estriba en que no puede hacerse Ciencia, ni siquiera Ciencia del Derecho, sin un cierto grado aunque sea mínimo, de generalización.

Se le ha objetado también al Realismo Jurídico que hace demasiado hincapié y le otorga una inadmisibile importancia a la personalidad del juez, configurada por factores familiares, religiosos, educacionales, políticos, prejuicios, etc., mismos que de manera indefectible ejercen un enorme influjo sobre el juez a la hora de resolver los litigios y en este sentido, se imposibilita la correcta administración de Justicia, generando incertidumbre y desconfianza hacia el Derecho<sup>93</sup>.

Por último, se ha considerado al Realismo Jurídico como una tendencia al irracionalismo, por el rechazo que ejerce en torno a la lógica Jurídica, así como por la necesidad de la intuición como fundamento de las decisiones judiciales, se afirma que estas situaciones generan indefectible un clima de incertidumbre en el Derecho.

Es por ello, que hay quienes califican al Realismo Jurídico Americano, como un behaviorismo Jurídico, que reduce al Derecho a una mera conducta que responde a factores psicológicos, por lo que dista mucho de ser una propuesta filosófico-Jurídica y es más propiamente un enfoque de psicología social.

En mi opinión, encuentro fundamento en algunas de las críticas anotadas, pero me parece en extremo injusto descalificar por completo la propuesta del Realismo, desconociendo incluso el carácter científico y filosófico del movimiento,

---

<sup>93</sup> Vid. Labarca Prieto, Domingo A, op.cit. 86.

así como la utilidad práctica que ha ofrecido en los sistemas Jurídicos y la validez conceptual de su visión judicialista del Derecho.

Considero que libre de apasionamientos y posiciones radicales, se puede reconocer el hecho de la crítica a la concepción mecánica de la Justicia formalista, corresponde a lo que efectivamente sucede en la función judicial, al menos en México.

A mi modo de ver, es igualmente cierto que el Realismo Americano tiene un gran mérito académico al rescatar la dimensión fáctica del Derecho, que injustificadamente ha sido omitida por múltiples propuestas teóricas.

Otro aspecto importante que considero necesario recuperar del Realismo Americano, es la revaloración de la función judicial en el sistema Jurídico, y con ello el reconocimiento que hace del Derecho, como un factor dinámico, que alienta el cambio social, como un Derecho vivo, en constante reformulación.

En resumen, estimo que es válido considerar algunas de las críticas que se han hecho al Realismo Americano, pero no las comparto todas, o al menos, no totalmente.

## **CONCLUSIONES**

## CONCLUSIONES

En este apartado, que es fundamental según los métodos de investigación Jurídica, se retoman las ideas centrales que se fueron desarrollando a lo largo del presente documento y se explican las determinaciones finales que he deducido sobre el tema que es objeto de la investigación. Cabe aclarar que no se trata de modo alguno de un resumen, sino de aquellas ideas de carácter concluyente, que se refieren tanto a la propuesta teórica del movimiento del Realismo Jurídico Americano, como a las críticas que se han formulado al mismo.

Se pretende de alguna manera en este apartado, cumplir con la sugerente expectativa del título, y ofrecer una visión crítica integral, que constituye la propuesta central de esta tesis.

### PRIMERA

Mientras los autores de la Europa continentales, en general conciben al Derecho como un conjunto de normas ordenadoras de la convivencia y ponderación sociales, los pensadores anglosajones lo entienden como el procedimiento para resolver los conflictos de intereses, para fallar los pleitos, y restablecer el orden social mediante las sentencias de las causas; de manera pacífica, con arreglo a criterios de Justicia, tendiendo a la creación y consolidación de un ordenamiento organizador de la vida colectiva.

### SEGUNDA

Resulta importante destacar que la preocupación que existe por la Justicia en todas las teorías del Derecho, sin embargo, los continentales se han dedicado a elaborar una cimentación firme, sólida y rigurosa de la *Estimativa Jurídica*, sobre bases epistemológicas y ontológicas del pensamiento metafísico. En cambio los autores anglosajones se han preocupado de extraer las consecuencias del Derecho Natural, o de una idea equivalente, centrando su atención sobre todo en la función jurisdiccional y en menor medida en la actividad del legislador.

### TERCERA

El pensamiento Jurídico anglosajón se ha producido en forma espontánea, y en su mayor parte, al margen de actividades estrictamente universitarias o académicas, ya que este pensamiento, ha sido elaborado por jueces, magistrados, abogados, cuyo quehacer cotidiano en el ejercicio de su profesión Jurídica y en sus proyecciones prácticas, les incitó a la meditación filosófica. Es la producción de un pensamiento filosófico-jurídico que no obedece a un propósito previo, sino que se viene suscitando, estimulado por una exigencia espiritual encaminada a resolver problemas prácticos, pero en un nivel de dignidad intelectual. El pensamiento Jurídico anglosajón goza de un alto grado de autenticidad y originalidad, porque ha alcanzado un desarrollo integral bajo la presión de las necesidades y de los estímulos que dimanaban de la práctica del Derecho.

### CUARTA

El Realismo Jurídico Americano logra tener éxito en los Estados Unidos de América durante el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales, animado por el propósito de alcanzar una reforma legal liberalizadora. Tal reforma, en un país en donde la legislación está limitada a la vez por el Derecho constitucional y por el *common law*, difícilmente hubiera podido ser realizada a través de la actividad legislativa común en otros países, sobre todo de tradición romano-canónica.

Lo que se necesitaba era, en ciertos campos, una reforma constitucional, y en otros una invasión legislativa sin precedente, sobre los dominios tradicionales del Derecho resultante de las decisiones de los tribunales. Se requería desde luego la reeducación de una generación de juristas, y el Realismo Jurídico puede enorgullecerse justamente de haber obtenido un éxito en esta tarea.

## QUINTA

Se rompió con criterios ampliamente aceptados que limitaban la función del juez solamente a declarar la ley, y que habían logrado en las palabras de Montesquieu su expresión más gráfica, cuando afirmó que "el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley". El Realismo Jurídico Americano hace patente que los jueces son principalmente creadores y no aplicadores del Derecho.

## SEXTA

El Realismo Jurídico Americano es uno de los movimientos más importantes de la Filosofía Jurídica contemporánea en los Estados Unidos de América. Se caracteriza por atenerse a los hechos en los estudios jurídicos, en virtud de que realiza un examen pormenorizado de los datos de la experiencia judicial, y no del mundo "irreal" de las normas o de las doctrinas abstractas.

## SÉPTIMA

El Realismo Jurídico Americano surge como un rechazo radical a la corriente formalista encabezada por la escuela de la Jurisprudencia Analítica de Austin, y más específicamente contra las pretensiones omnicomprensivas de la tradición Jurídica norteamericana, fundada en el *common law*.

## OCTAVA

A pesar de la gran diversidad de autores del movimiento, y de los temas variados de los que se ocupan y sobre los cuáles mantienen puntos de vista discrepantes, es notoria la coincidencia en un denominador común: el carácter central que atribuyen a la función jurisdiccional como creadora del Derecho y su actitud escéptica respecto de la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales.

## NOVENA

A los autores realistas no les preocupa tanto la fundamentación teórica de la Axiología o Estimativa Jurídica, ni el desenvolvimiento de una doctrina de

Derecho Natural, ya que privilegian en todo momento las aplicaciones o consecuencias prácticas de ese Derecho Natural, sobre todo a nivel de las decisiones jurisprudenciales.

## **DÉCIMA**

La práctica de basarse en el precedente, se originó en el Derecho inglés y fue incorporada en Estados Unidos de América, como parte de la tradición del *common law*. No obstante en este país, dicha regla del precedente judicial presenta un matiz diferente al que se aplica en Inglaterra, en virtud de la tendencia a flexibilizarla, restarle trascendencia y fuerza vinculante. Por tanto la doctrina del precedente en los Estados Unidos no goza de la autoridad absoluta que tiene en Inglaterra, en donde las sentencias del tribunal superior respecto de los tribunales inferiores tiene un valor vinculante absoluto.

## **DÉCIMA PRIMERA**

El Realismo cambia el sentido de la función jurisdiccional, al sustituir la labor tradicional de la resolución de controversias, aplicando reglas precedentes, por la de dar al juez el papel de elaborar soluciones "judiciales" a los problemas sociales, equilibrando intereses de una forma vinculada al cambiante consenso social, con base en los requerimientos de las condiciones actuales.

## **DÉCIMA SEGUNDA**

Este movimiento enfatiza lo que el Derecho "hace" y no lo que el Derecho "es", sin embargo, al apearse únicamente a las circunstancias inmediatas, es decir, a los hechos presentes, pierde de vista el impacto social y Jurídico a largo plazo, menospreciando el principal objetivo del Derecho que es regular la conducta social.

## **DÉCIMA TERCERA**

El Realismo considera al Derecho como una serie de decisiones y no como un conjunto de normas generales. No obstante que el término Realismo resulta

equivoco, la mayor parte de los autores realistas buscan la realidad en la conducta humana, en la conducta de los jueces y de otros funcionarios, así como en las operaciones concretas y no tanto en las "esencias".

#### **DÉCIMA CUARTA**

No constituyen objeto de su análisis las concepciones abstractas, ni los discursos sobre el valor genérico de los "Derechos" y las "obligaciones", o el mérito de una determinada teoría acerca de la Naturaleza Jurídica de una institución. Si les interesa en cambio, conocer quiénes han de ser las personas a cuyo cargo estará decidir un conflicto, y cuáles son las características del comportamiento judicial. Desde este punto de vista, la investigación Jurídica se hace empírica, circunstanciada, histórica y socialmente localizada. Las conclusiones no pretenden alcanzar un valor absoluto, sino relativo, pues se encuentran limitadas por una serie de circunstancias temporales, espaciales y sociales.

#### **DÉCIMA QUINTA**

Para esta corriente de la Filosofía Jurídica resulta difícil concebir un sistema normativo completo, del cual se puedan deducir las soluciones para todos los casos concretos que se presenten. Sienten los realistas Americanos una gran desconfianza hacia el "Derecho de los libros", pues afirman que "la búsqueda se dará en la vida".

#### **DÉCIMA SEXTA**

Al atribuir excesiva importancia a la función jurisdiccional, el Realismo Americano concede a la jurisprudencia una importancia superior a la de la ley, con lo cual desconoce la trascendencia del carácter axiológico de ésta, la seguridad Jurídica que genera y su Naturaleza democrática, al ser producto del consenso social, pues se elabora por los representantes populares.

### **DÉCIMA SÉPTIMA**

A grandes rasgos, los objetivos del Realismo son: establecer una nueva pedagogía del Derecho, desarrollar una teoría que permita predecir la conducta del juez y crear una base científica para el Derecho.

### **DÉCIMA OCTAVA**

En cuanto a las críticas que se han hecho al Realismo Jurídico Americano, estimo que sólo algunas cuentan con sustento. La mayoría son objeciones que plantean incompatibilidades derivadas de concepciones del Derecho que corresponden a modelos epistemológicos del Derecho muy distintos, tales como el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

### **DÉCIMA NOVENA**

Los autores que se manifiestan como partidarios de un sistema Jurídico de corte romano canónico, suelen criticar con gran razón en mi opinión, el hecho de que una visión realista del Derecho concede preponderancia a la Justicia realizada en cada caso, aún en demérito de la certeza Jurídica que presenta un sistema en el que la ley es una fuente formal superior en jerarquía a la jurisprudencia, la cual sólo debe colmar vacíos de ley y señalar el sentido en el que deben entenderse las normas legislativas, a través de la interpretación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## FUENTES

### BIBLIOGRÁFICAS

Apendini Ida y Silvio, Zavala, Historia Universal moderna y contemporánea. Edit. Porrúa México, 1988.

Aftalión, Enrique R. y José., Villanova, Introducción al Estudio del Derecho. 2ª. ed. Abedelo- Perrot, Buenos Aires, 1992.

Cossio, Carlos, La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. Buenos Aires: Abedelo Prrot, 1964.

Fasso, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho. Tomo III. Pirámide. Madrid, 1970

Frank, Jerome. Derecho e Incertidumbre, Distribuciones Fontamara México, 1991.

García Máñez, Eduardo, Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, UNAM, México, 1986.

Hernández Marin, Rafael. Historia de la Filosofía Contemporánea. Tecnos, Madrid, 1986.

Hierro, Liborio, Realismo jurídico, en Filosofía del Derecho, Ed, Trotta, Madrid, 1994.

Legaz y Lacambra, Luis. Filosofía del Derecho. 5ª. ed. Bosch, Barcelona, 1979.

Losano, Mario, Los grandes sistemas jurídicos. Debate Editorial, Madrid, 1982.

Márquez Piñero, Rafael. Filosofía del Derecho. Trillas, México, 1990.

Montesquieau, El espíritu de las leyes. Sépan cuántos, Porrúa, México, 1985.

Peniche Bolio, Francisco. Introducción al Estudio del Derecho. 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1989.

Reale, Miguel. Introducción al Derecho, 9ª. ed. Ed. Pirámide, Madrid, 1989.

Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. 10ª. ed. Porrúa, México, 1991.

Ross, Alf, Hacia una Ciencia Realista del Derecho, Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1961.

Santiago Nino, Carlos. Introducción al Análisis del Derecho. 2ª Ed: Astrea. Ed  
Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina ,1988.

Tamayo Y Salmorán, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho.  
Themis, México,1992.

Terán Mata, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. 11ª ed. Porrúa, México, 1989.

## HEMEROGRÁFICAS

Labarca Prieto, Domingo A. "Breve visión del Realismo Jurídico Americano", en Revista de Ciencias Sociales, número 12. Valparaíso, Chile, (1978).

Recaséns Siches, Luis. "Algunas concordancias y algunas diferencias entre el Pensamiento Jurídico Americano y la Filosofía del Derecho europeo hispanoamericano", en Anuario de Derecho de la Universidad de Panamá. Año 2, número II, Panamá, (enero 1956 - mayo 1957).

-----, "Algunas notas sobre el Pensamiento Jurídico Contemporáneo en Norteamérica", en Revista Orientación Jurídica. Tomo I, número I, México, septiembre, 1945.

-----, "El movimiento del Realismo Jurídico Norteamericano". Lecturas de Filosofía del Derecho II. Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, D.F. (1993).

-----, "El pensamiento jurídico anglosajón y el europeo", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Vol. IX, número 23, Madrid, (1965).

-----, "Situación presente y proyección de futuro de la Filosofía Jurídica" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo VI, Número 22, México, D.F. (Abril-Junio 1956).

Romero, J.M., "Entorno y antecedentes del Realismo Jurídico Americano", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Nueva época, número 68, Madrid, (1983).

## DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario de Filosofía. Brugger, Walter S. L. VOZ REALISMO

Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXIV k VOZ REALISMO JURÍDICO AMERICANO.

Enciclopedia Universal Nauta, Tomo I, Madrid, 1979, pág. 280

## OTRAS FUENTES

Aichele, Gary Jan

*Legal Realism and Twentieth Century American Jurisprudence: The Changing Consensus.*

Desideration to presented obtain the Doctor in Philosophy Degree.  
University of Virginia. August, 1983.

Fuller Lon, L. *American Legal Realism.* Separata compilada en la antología preparada para la materia *American Legal Process*, por el profesor Michael Diamond, American University, Washington College of Law, Otoño de 1995.

Fisher W., William; Morton; Horwitz J; Thomas, Reed A. *American Legal Realism*  
Oxford University Press. New York - Oxford, 1993.