

Colección

Filosofía y Derecho

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)

José Juan Moreso Mateos (dir.)

Adrian Sgarbi (dir.)

FREDERICK SCHAUER

PENSAR COMO UN ABOGADO

**Una nueva introducción
al razonamiento jurídico**

Traducción al castellano de
Tobías J. Schleider

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@filosofiyderecho.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web www.filosofiyderecho.es.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Frederick Schauer

© Título original: *Thinking like a Lawyer*, Harvard University Press, 2009. Esta traducción se publica de acuerdo con Harvard University Press.

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15664-19-2

Depósito legal: M. 436-2013

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S.L.

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal

Río Tiétar 24, 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2013

CAPÍTULO VII

EL DESAFÍO DEL REALISMO JURÍDICO

1. ¿LAS REGLAS Y LOS PRECEDENTES RESUELVEN LOS CASOS?

¿Es que todo es una farsa? Llevamos seis capítulos examinando los mecanismos fundamentales del razonamiento jurídico, pero ¿se resuelven con él los casos? Aun si, como cuestión teórica, pudiéramos comprender los métodos del razonamiento y los argumentos jurídicos, y aun si pudiéramos identificar ejemplos reales de su uso en casos verdaderos, cuán representativos serían esos ejemplos? En otras palabras, ¿cuánto importa realmente el razonamiento jurídico en la mayoría de los argumentos que efectúan los abogados, y con cuánta frecuencia (y en qué medida) el razonamiento jurídico marca una diferencia en las sentencias reales de los jueces reales?

Estas son las preguntas principales que formula la perspectiva escéptica conocida comúnmente como *realismo jurídico* o, dando crédito al punto de vista y a la ubicación de sus principales fundadores, *realismo jurídico norteamericano*¹. Aunque pueden hallarse rastros de ideas parecidas en la

¹ El nombre común sirve también para distinguir al realismo jurídico norteamericano del realismo jurídico escandinavo, una escuela de teoría del derecho liderada por académicos como Alf Ross, Karl OLIVECRONA, Axel HÄGERSTRÖM y A. Vilhelm LUNTDSTEDT, que encarnaron la posición de que todas las características importantes del derecho podían ser descritas a través del uso de las ciencias sociales empíricas. Para presentaciones útiles y críticas, véanse MARTIN, 1977; ALEXANDER, 2002; BJARUP, 2006; HART, 1959. No obstante, los realistas escandinavos no prestaron demasiada atención a las características del razonamiento ni de los argumentos jurídicos, por lo cual su posición está en la mayoría de sus aspectos desconectada del núcleo de este libro.

Freirechtsschule (Escuela de Derecho Libre) alemana de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX², y en el trabajo contemporáneo del académico francés François GENY³, el realismo jurídico norteamericano tiene sus raíces más importantes en los escritos extrajudiciales del juez Oliver Wendell HOLMES. Cuando HOLMES dijo su frase famosa de que «la vida del derecho no ha estado signada por la lógica, sino por la experiencia»⁴, planteó un desafío concreto y potencialmente radical a la creencia popular vigente entonces acerca de la práctica del derecho en el *common law*. Cuando HOLMES escribía, y más aún antes de eso, la mayoría de los abogados, jueces y tratadistas entendían que los cambios en el *common law* eran un proceso de descubrimiento más que de creación⁵. Para ellos, la práctica del derecho no solo involucraba el hallazgo del derecho que ya estaba allí, sin la creación de leyes nuevas, sino que también podía ser caracterizada como el paso mayormente lógico y deductivo de un caso al otro⁶. Pero HOLMES no estaba convencido de esto. Aunque, en efecto, suscribía la posición convencional en ese momento de que las soluciones jurídicas estaban, por lo general, determinadas por la jurisprudencia, y también creía que las particulares categorías jurídicas eran genuinamente importantes para predecir las consecuencias legales⁷, concluyó en que los cambios en la jurisprudencia eran en gran medida una función de la determinación empírica de los jueces, basada en la experiencia. Cuando cambiaban el derecho, esos jueces estaban, sin duda alguna, tomando decisiones acerca de políticas que no les eran dictadas ni por la lógica ni por el derecho preexistente.

Vista en retrospectiva, la posición de HOLMES no parece muy destacable, y mucho menos radical. En nuestros días, sería arduo hallar muchas personas que disientan con la posición de que cuando los jueces cambian el derecho, basan sus decisiones en una mezcla de principios y políticas, algo que difícilmente puede considerarse un ejercicio deductivo o lógico. Anticipando lo que la mayor parte de los operadores del derecho y los tratadistas hoy consideran un lugar común, HOLMES, como Roscoe POUND y el juez CARDOZO poco después⁸, estaba adelantado a su tiempo. Sin embargo, en

² Véanse KANTOROWICZ, 1917; FOULKES, 1969.

³ Véase GENY, 1914-1924.

⁴ HOLMES, 1881: 1.

⁵ «No existe, en efecto, un derecho creado por los jueces, porque los jueces no crean el derecho, aunque con frecuencia deban aplicar el derecho existente a circunstancias a cuyo respecto no fue establecido con anterioridad, de manera imperativa, que esa ley es la aplicable». *Willis v. Baddeley*, 2 Q.B. 324: 326 (C.A. 1892). «Sin embargo, la posición blackstoniana ortodoxa es que los jueces no crean derecho, sino que solo declaran el derecho que siempre ha existido». DIAS, 1985: 151.

⁶ E.g., WAMBAUGH, 1984; ZAME, 1918.

⁷ HOLMES, 1897: 475.

⁸ Véanse CARDOZO, 1921; POUND, 1908. Tanto CARDOZO como POUND también condenaron la excesiva confianza en la lógica por parte del derecho, e instaron, siguiendo a HOLMES, el reconocimiento de la importancia de las políticas públicas en la puesta en práctica correcta del derecho.

otros sentidos sus posiciones acerca del razonamiento jurídico se mantuvieron firmemente convencionales. Creía que la jurisprudencia, como tal, era lo que determinaba en primer lugar las soluciones jurídicas, y esta creencia, más que ninguna otra, ha servido para encuadrar a HOLMES más como un antecesor del realismo que como un realista⁹. HOLMES reconoció que el recurso al conocimiento de los hechos empíricos acerca del mundo puede haber sido necesario para cambiar el *common law*, pero el propio *common law* contaba también con elementos que lo hacían estable. Y para HOLMES, esta estabilidad era principalmente una función de la jurisprudencia más o menos como se la entendía convencionalmente. A diferencia de los realistas que lo admiraron y lo sucedieron, HOLMES suscribió completamente la creencia en que los principios jurídicos relativamente específicos contenidos en los términos de los votos registrados de los jueces eran lo que determinaba en primer lugar cómo los jueces resolvían los casos y cómo argumentaban a su respecto los abogados. Cuando HOLMES insistió en que el punto de vista más importante desde el cual debía mirarse el derecho era el del «hombre malo»¹⁰, quien estaba interesado exclusivamente en lo que el derecho podría hacer por él y, con más especificidad, lo que el derecho podría hacerle, estaba afirmando que la esencia del derecho era la *predicción* de la reacción judicial frente a cierto conjunto de circunstancias fácticas. Para HOLMES, el foco del análisis jurídico debía posarse sobre lo que los «tribunales, probablemente, hagan de hecho»¹¹.

HOLMES se adelantó a su tiempo al centrarse en la predicción y en reconocer, en apariencia, la posibilidad lógica de que aquello que los «tribunales, probablemente, hagan de hecho» sería distinto de lo que la jurisprudencia formal podría sugerir. Pero no se adelantó tanto. Cuando le llegó el turno de delinear los factores que el buen abogado usaría para predecir lo que harían los jueces, HOLMES fue bastante tradicionalista al creer que la jurisprudencia seguía estando entre los más prominentes. En efecto, la razón por la cual HOLMES se pavoneó ante el juez apócrifo de Vermont que creía que «tarro lechero» era una categoría jurídica relevante, fue que para HOLMES las categorías jurídicas relevantes —las que permitirían al «experto en derecho» predecir con precisión lo que los jueces harían realmente— eran cosas ta-

⁹ HOLMES sí creía que «[l]as proposiciones generales no resuelven los casos concretos», *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45: 76 (1905) (juez HOLMES, en disidencia), pero creía también que las proposiciones suficientemente concretas para resolver casos eran en su mayoría proposiciones jurídicas, no de política, filosofía o psicología.

¹⁰ «Si quiere conocer el derecho y ninguna otra cosa, debe mirarlo como si fuese un hombre malo, que solo se preocupa por las consecuencias materiales cuyo conocimiento le permite predecir, no como alguien bueno, quien halla razones para actuar, sea dentro o fuera de la ley, en las sanciones vagas de su conciencia». HOLMES, 1897: 459. La frase ha generado un voluminoso cuerpo de comentarios. Véanse, e.g., LEVINSON y BALKIN, 1998; TWINING, 1997; 1973b.

¹¹ HOLMES, 1897: 461.

les como *cosa peligrosa*, *comodato*, *homicidio* *criminis causa*, *error mutuo*, *asunción del riesgo* y *negocio de interés público*¹². Esas eran las clasificaciones del derecho; las cajas, relativamente concretas, en las cuales los abogados sofisticados podrían colocar los eventos del mundo, y las categorías que permitirían a los buenos abogados hacer exactamente lo que HOLMES y el hombre malo querían que hicieran: predecir las reacciones jurídicas futuras frente al rango completo de comportamientos humanos.

Pero ¿qué sucedería si, finalmente, resultara que esas categorías jurídicas y esa jurisprudencia no son útiles para predecir de manera efectiva las decisiones que toman los jueces? ¿Y si factores distintos de la jurisprudencia tuvieran el papel principal en la determinación de lo que los jueces, en realidad, harán? Estas cuestiones encuadran el desafío que se encuentra en el núcleo del realismo jurídico, un desafío que se aleja sustancialmente de la posición bastante convencional de HOLMES acerca del rol de la jurisprudencia en la predicción de soluciones jurídicas. Por ende, para apreciar al realismo jurídico en todo su esplendor tendremos que dejar atrás a HOLMES y fijarnos, en cambio, al menos en primer término, en un grupo de autores que emergió inicialmente en los años treinta, casi con exclusividad en los Estados Unidos.

El más visible entre los primeros realistas fue Jerome FRANK, quien en 1930 era un abogado destacado y luego se convirtió en un juez federal muy distinguido. A FRANK lo precedieron muchos otros realistas, pero pronto se convirtió en una de sus voces principales. Su afirmación clave, reproduciendo la que había realizado un año antes en las páginas de la *Cornell Law Journal* un juez texano llamado Joseph HUTCHESON¹³, es que el derecho no es lo primero ni lo más importante en lo que se fija el juez para determinar cómo resolver un caso¹⁴. La posición convencional en aquel entonces era que los jueces establecían cuáles eran los hechos y luego consultaban las leyes, los casos y otros materiales jurídicos para hallar la respuesta que el derecho determinaba para esos hechos o esa situación. Pero para HUTCHESON y FRANK, esta imagen estándar invertía el orden de las cosas. HUTCHESON y FRANK sostuvieron que en lugar de fijarse primero en el derecho y luego decidir qué resolver, los jueces primero decidían —o intuían, por la referencia de HUTCHESON a la «corazonada» judicial— cómo querían resolver y recién allí consultaban el derecho. Como un abogado que comienza por la posición de su cliente y luego busca apoyo jurídico para respaldarla, para HUTCHESON

¹² *Id.*: 474-475. La historia completa se cuenta más arriba, en el apartado 4 del capítulo III. Para un análisis más completo de la historia y sus conexiones con el pensamiento de HOLMES, véase SCHAUER, 1998a.

¹³ HUTCHESON, 1929.

¹⁴ FRANK, 1930.

y FRANK los jueces comenzaban, tras determinar los hechos, vislumbrando la solución correcta y luego buscaban casos y leyes y otras fuentes jurídicas para ofrecer una justificación *a posteriori* —una racionalización— para la decisión que ya habían tomado.

En sí misma, esta afirmación tampoco es una idea tan radical. HUTCHESON se refirió a la determinación inicial del juez como una «corazonada», y describirla simplemente como tal, o como «intuitiva», no es inconsistente con que la jurisprudencia juegue un rol sustancial, aun si fuera menos consciente, para determinar la reacción inicial del juez. Después de todo, una corazonada o una intuición podría ser una corazonada jurídicamente fundada o una intuición basada en el conocimiento del derecho. Los árbitros de béisbol, por ejemplo, rara vez se involucran en un pensamiento demasiado consciente antes de cobrar que un lanzamiento fue una *bola* o un *strike*, pero sin embargo realizan sus juicios rápidos sobre la base de haber internalizado las reglas acerca de las cuales algunos lanzamientos son *bolas* y otros *strikes*. El maestro de ajedrez que puede jugar treinta partidas simultáneas contra treinta oponentes distintos no tiene mucho tiempo para la meditación, pero sus jugadas aparentemente intuitivas siguen siendo las de un ajedrecista experto. Del mismo modo, un juez puede haber internalizado las reglas de tal manera que aun cuando tuviera una rápida corazonada o una intuición acerca de cómo debe ser decidido el caso, sería una corazonada surgida de un conocimiento profundo de las reglas jurídicas y la jurisprudencia. Y en esa posición no hay nada particularmente radical o escéptico.

Pero HUTCHESON y FRANK fueron más allá. HUTCHESON, y mucho más FRANK, creían que el juicio inicial —la corazonada— se apoyaba menos en casos, leyes y principios jurídicos que en un haz de otros factores que el derecho, oficialmente, se negaba a reconocer, pero que FRANK en especial creía que jugaban, en realidad, un papel muy importante. Con frecuencia se caricaturiza a FRANK como aquel que creía que las decisiones judiciales dependían de «lo que el juez había desayunado»¹⁵, pero su afirmación era, en realidad, mucho más sofisticada y sutil. Para FRANK, los atributos personales del juez importan, y FRANK no habría negado que el hecho de que el juez esté de mal humor por causa de la mala ventilación de la sala de audiencias en un día caluroso o aun por causa de haber tomado un mal desayuno, po-

¹⁵ No está del todo claro si FRANK alguna vez dijo algo como esto. A veces dijo cosas que podrían entenderse así. Véase FRANK, 1949: 161-162. 1931: 24. También se ha sostenido que FRANK una vez hizo el comentario del desayuno pero como una broma improvisada. HORWITZ, 1992: 176. Pero es más probable que FRANK, por sus posturas, haya sido cargado con algo que en realidad dijo en broma ROSCOE POUND (véase YABLON, 1990: 236, n. 16) o por el juez de la Corte Suprema OWEN J. ROBERTS a finales de los años treinta (véase FRIEDMAN, 1994: 1896, n. 11). sin embargo, el comentario ha adquirido vida propia como una caricatura común de la posición realista acerca de las fuentes de las decisiones judiciales. Véase KOZINSKI, 1993.

drían tener efecto en las soluciones jurídicas. Pero la caricatura de «lo que el juez desayunó» es injusta con respecto a FRANK, porque él creía en que un gran número de otros factores, menos frívolos pero igualmente extrajurídicos, determinaban por lo general las decisiones judiciales. Por ejemplo, las preferencias políticas del juez, su posición acerca de los litigantes de ciertas razas o religiones o apariencias, su posición acerca de los abogados, su sensación de cuál debería ser la solución más justa de acuerdo con las circunstancias y, quizás más que ninguna otra cosa, la conformación de su personalidad¹⁶. Pero aunque FRANK creía en que mucho más que lo que el juez había desayunado era lo que determinaba las soluciones jurídicas, creía también que la mayoría de lo que las determinaba consistía en factores que la jurisprudencia no reconocería. También creía que la mayoría de esos factores eran particulares en extremo, con relación a aspectos de un caso en una ocasión. En modos que parecen notablemente modernos en su tiempo, FRANK dudó de la capacidad de la gente, incluyendo a los jueces pero no solo a ellos, para tomar decisiones basadas en reglas o principios o categorías generales. En cambio, creyó en que los jueces apoyarían sus decisiones, en primer término, sobre un haz de factores relativos al caso particular. Muchos de esos factores eran, desde un punto de vista técnico, jurídicamente irrelevantes. Sin embargo, él los consideraba causalmente significativos en la realidad, como para determinar (y, así, predecir) las soluciones jurídicas.

Además de que se le cargara la caricatura de «lo que el juez desayunó», FRANK suele ser desestimado en nuestros días porque su primer y más importante libro, *Law and the Modern Mind*, se hallaba imbuido con las consecuencias de su psicoanálisis reciente. En efecto, una caricatura más explícita de FRANK que aquella basada en la posición de que los juicios jurídicos estaban determinados por la relación del juez con su madre¹⁷, porque el adoctrinamiento crudo y en gran medida acrítico de la psiquiatría y el psicoanálisis lo llevó a otorgar un peso mucho mayor en la personalidad y la constitución psíquica del juez que en una colección de otros factores que también podrían influir sus posiciones prejurídicas acerca de cómo debía resolverse un caso¹⁸. Pero los más que frecuentes excesos retóricos y las

¹⁶ En la creencia de que la personalidad del juez y su constitución psicológica tiene algo o mucho que ver con sus decisiones, FRANK fue precedido por SCHROEDER, 1918.

¹⁷ O padre, porque en *Law and the Modern Mind* FRANK acusó a aquellos que seguían creyendo en la santidad de la jurisprudencia de ver al derecho como una «figura paterna».

¹⁸ Vale la pena destacar que la creencia de FRANK en que los votos de los jueces eran extremadamente particulares y su creencia en que la personalidad del juez marcaba una enorme diferencia son dos afirmaciones separadas. Podría creerse que la personalidad importa pero que existen personalidades de distinto tipo, y que cada tipo de personalidad reaccionará de igual manera frente a la misma situación fáctica. Por ejemplo, alguien podría creer que los jueces de baja estatura se pondrán, por lo común, del lado del litigante más débil. Y, si ese es el caso, el juez que se hubiera comportado de ese modo sería un juez cuyas decisiones habrían sido derivadas de

tonterías psicológicas en la obra de FRANK no deberían cegarnos frente a la importancia y la probable solidez de su idea principal, compartida con HUTCHESON. Al insistir en que el resultado precede al derecho y no al revés, FRANK ofreció una explicación de la actividad de juzgar con la cual pocos jueces en funciones, entonces y ahora, disentarían¹⁹. Podrán disentir acerca de las motivaciones de la solución, y sin duda sobre la medida en la cual la jurisprudencia disciplina y limita estas determinaciones pre o extrajurídicas de la solución preferida por el juez. Pero al sostener que una toma de posición sobre la solución pre o extrajurídica de un juez precede una consulta del derecho independiente de la solución, FRANK, junto con HUTCHESON, podrían afirmar con justicia que establecieron el marco básico de la posición realista²⁰.

Casi al mismo tiempo que cuando FRANK sostenía que juzgar no era una actividad que se apoyara demasiado en la jurisprudencia y sí, en gran medida, en varias características jurídicamente irrelevantes del juez y los litigantes, su contemporáneo Karl LLEWELLYN describía a las reglas jurídicas como «juguetes vistosos». En *The Bramble Bush*, un libro dirigido inicialmente a los estudiantes de primer año de la *Columbia Law School*²¹, LLEWELLYN se alineó con FRANK al creer que las reglas jurídicas formales —las «reglas de papel», como las llamó— tenían poca influencia en lo que los jueces realmente hacían. Pero LLEWELLYN era mucho menos particularista que FRANK o HUTCHESON. Creía que los jueces podían aplicar reglas generales, pero casi nunca las que podrían encontrarse en un código. Por ejemplo, un juez podría creer que en los casos que involucraran a compañías mineras la empresa debería ganar solo porque era una minera, sea que el caso fuese iniciado por ella para lograr una medida cautelar en contra de un sindicato de obreros

su personalidad, pero de manera sistemática y, así, muy predecible. En efecto, algo muy similar puede decirse incluso de la posición, aun si FRANK no la hubiera defendido, de que las decisiones judiciales están determinadas por lo que el juez desayunó. Si un juez decidiera a favor del actor con más frecuencia cuando desayuna avena que cuando desayuna huevos, lo que desayunó podría ser un componente de la capacidad para predecir las decisiones judiciales, mostrando una vez más que la existencia de factores determinantes extrajurídicos como el desayuno son perfectamente compatibles con la predictibilidad.

¹⁹ Como dijo, según lo cita el juez William O. DOUGLAS, el presidente de la Corte Charles Evans HUGHES: «En el nivel constitucional en el cual trabajamos nosotros, el noventa por ciento de cualquier decisión es emocional. Nuestra parte racional nos ofrece las razones para apoyar nuestras predicciones». DOUGLAS, 1974: 8.

²⁰ La defensa más poderosa de esta posición no proviene de un realista, sino de un filósofo jurídico que también estudió derecho: WASSERSTROM, 1961. Al distinguir entre la lógica de la decisión y la lógica de la justificación, WASSERSTROM reconoció que aun el voto más persuasivo jurídicamente no pretende explicar de manera cronológica o histórica cómo llegó el juez a su conclusión, sino ofrecer la mejor justificación jurídica para una decisión que bien podría haberse tomado por otras razones.

²¹ LLEWELLYN, 1930b. La edición de 1960 incluye un prefacio esclarecedor de LLEWELLYN en donde abjura de la observación de los «juguetes vistosos».

o que fuese iniciada contra la compañía por un propietario colindante que reclamaba por molestias o daños a la propiedad²². Si en los dos casos el juez creyera que la compañía minera debía ganar solo porque era una compañía minera, estaría aplicando una regla —la compañía minera debe ganar— y sería una regla que trascendería, en teoría, los hechos particulares de los casos concretos. Incluso podría ser una regla basada en fuentes morales, políticas o programáticas cuidadosamente escogidas. Pero no sería una regla hallada en otros casos o en las leyes.

Así, aunque algunos autores afirman que lo que caracteriza a los realistas es que ponen su atención en los hechos de un caso y no en las reglas jurídicas²³, esta manera de fijarse en el realismo se apoya en una dicotomía falsa. Aun los oponentes del realismo creen que es importante prestar mucha atención a los hechos de un caso, pues de otro modo no habría manera de decidir qué regla jurídica determinará la solución. Quien creyera que la solución derivada de una ley era la que el juez tomaría invariablemente, todavía aceptaría que los jueces deberían ocuparse de los hechos del caso para llegar a una decisión. La discusión real no es, entonces, entre aquellos que creen que los jueces se fijan en los hechos y quienes creen que los jueces se fijan en las reglas, sino entre quienes creen que los jueces se fijan en las reglas jurídicas formales para determinar tanto qué hechos son jurídicamente relevantes como qué solución se deriva de ellos, por un lado, y por el otro quienes creen que los jueces se fijan en las reglas, normas y factores que no se encuentran en los códigos para determinar qué hechos son relevantes y qué debería hacerse sobre la base de ellos.

Así, para determinar cómo deciden los jueces sus casos en realidad, LLEWELLYN se refirió a la investigación empírica para identificar lo que HOLMES llamó la «base verdadera de la profecía»²⁴. ¿Cuáles son las reglas y principios que los jueces usan realmente? ¿Son reglas del tipo «la compañía minera debe ganar», o «el contribuyente debe ganar»? ¿O son reglas basadas en principios o enfocadas en políticas, sustancialmente más sofisticadas, como «maximizar la eficiencia», o «tomar la decisión que producirá las mejores consecuencias económicas en el largo plazo», o «decidir a favor de la

²² Uno de los primeros realistas fue William O. DOUGLAS, en ese entonces un joven funcionario de la recién creada Comisión de Valores y Cambio, luego profesor en la *Columbia Law School* y desde 1939 hasta poco antes de su muerte en 1975, juez auxiliar de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. DOUGLAS estaba particularmente interesado en casos de impuestos, y la afirmación de que en ellos, en sus últimos años, DOUGLAS casi siempre se puso del lado del contribuyente y contra el fisco (véase WOLFMAN et ál., 1975) sin que importasen las leyes aplicables, las reglamentaciones y los casos anteriores, es un ejemplo claro de este tipo de afirmación realista.

²³ E.g., LEITER, 1999: 1148; 1996.

²⁴ HOLMES, 1897: 475.

parte más débil en todos los casos civiles a menos que hacerlo significara recompensar una conducta inapropiada»? Para averiguar si reglas como esas en lugar de las formales contenidas en los códigos eran las que en realidad generaban las soluciones judiciales, LLEWELLYN proponía recurrir a la investigación empírica, que revelaría las reglas reales del sistema jurídico y no solo las «de papel», con apariencia de reglas pero con pocos efectos, de hecho, en las soluciones jurídicas. Entre quienes tomaron la propuesta de LLEWELLYN está Underhill MOORE, otro de los primeros realistas y un profesor de la *Yale Law School*. MOORE se propuso emprender el tipo de investigación empírica propuesta por LLEWELLYN. Así, esperó determinar, entre otras cosas, si las sanciones por mal estacionamiento en New Haven, Connecticut, se basaban en primer término en las reglas jurídicas, oficiales, que regían el estacionamiento o en factores como la hora del día, el tipo de automóvil, la calle u otros semejantes²⁵. Los métodos de MOORE ahora impactan por su crudeza a algunos autores, pero las ciencias sociales en los años treinta estaban mucho menos desarrolladas que ahora. Los experimentos de campo controlado que usó MOORE parecen poco sofisticados para los estándares de finales del siglo xx y comienzos del XXI, pero al enfocar de manera aislada e identificar las variables reales de la aplicación del derecho, MOORE comprendió correctamente los principios básicos de la investigación en las ciencias sociales²⁶. Al aplicar esos principios básicos, Moore reconoció que los factores que realmente influían en las soluciones jurídicas no podrían determinarse simplemente mediante un recitado formal de la jurisprudencia. Solo si ella marcara una gran diferencia en la determinación de las soluciones, estaría justificado tomarla en serio. Con sus compañeros realistas, reconoció no solo que esta era una pregunta empírica, sino también que existía al menos alguna evidencia empírica que apoyaba la posición de que la jurisprudencia jugaba un papel considerablemente menor que lo que suponía la postura tradicional.

Vista a través de los ojos de LLEWELLYN, MOORE y otros contemporáneos como Herman OLIPHANT, Hessel YNTEMA, Max RADIN, Felix COHEN, Thurman ARNOLD, Joseph BINGHAM, Walter WHEELER COOK, Wesley STURGES y Leon GREEN, el realismo jurídico es mucho más que esa caricatura vulgar de «lo que el juez desayunó», y mucho más que el empirismo poco sofisticado que pudo haber marcado a algunos de sus métodos. En el núcleo de la posición realista está la posición que sostiene que las decisiones judiciales son predecibles, pero que la clave para predecir las soluciones jurídicas no está en la consulta de las fuentes formales de autoridad jurídica ni en el entendimiento interno o en los propios registros de los jueces. Predecir las solu-

²⁵ MOORE y CALLAHAN, 1943. Véase SCHLEGEL, 1980: 264-303; 1979.

²⁶ Véase GREEN y GERBER, 2003.

ciones jurídicas, en cambio, se consigue mejor a través del descubrimiento, mediante estudios sistemáticos empíricos (y externos) sobre qué es lo que marca la diferencia al resolver los casos²⁷. FRANK creía que lo que marcaba la diferencia mayor eran los atributos personales del juez y el contexto particular del caso concreto, mientras que LLEWELLYN y la mayoría de los otros realistas creían que era la aplicación de reglas generales pero no jurídicas. Pero estas diferencias no deberían distraernos de la comprensión de su afirmación básica. Al fijarse en el derecho de manera externa, los realistas creían que era posible descubrir cómo funcionaba en realidad el derecho, y que la relación entre la jurisprudencia y las soluciones jurídicas era tal que podía y debía estar sujeta a pruebas empíricas rigurosas. Los realistas creían que esta era una relación débil, pero aún más importante era su creencia en que la supuesta existencia de tal relación debía ser puesta a prueba en lugar de aceptarse como cuestión de fe.

2. ¿LIMITA LA JURISPRUDENCIA AUN SI NO DETERMINA?

Recapitulemos la estructura de la afirmación central del realismo jurídico. De acuerdo con los realistas, los jueces normalmente toman decisiones sobre la base de algo distinto, o sumado a, la jurisprudencia existente. Esta razón no jurídica para una decisión podría ser una corazonada no jurídica, un juicio basado en las características personales de los litigantes o del juez, un juicio todas las cosas consideradas, acerca de quién debería ganar el caso para que se hiciera justicia o un juicio de política acerca de qué resolución tendría las mejores consecuencias. Pero sería raro que una solución jurídica se determinara por la aplicación de la colección existente de casos, leyes y otras fuentes jurídicas de autoridad. Cuando LLEWELLYN bromeó acerca de que «[s]i las reglas fuesen soluciones, los abogados no serían muy necesarios», estaba sugiriendo que las partes más importantes del derecho involucran las diferencias entre lo que una regla parece *decir* y la solución que un tribunal ofrece realmente.

Sin embargo, los realistas entendían que los jueces no podían, profesional o culturalmente, explicar sus juicios pre o extrajurídicos en términos de corazonadas, características personales, apelaciones abstractas a la justicia o aun análisis francos sobre políticas. Incluso si los realistas hubieran preferido algo distinto, sabían que las normas de los sistemas jurídicos exigían a los jueces la justificación de sus resoluciones en términos jurídicos tradicionales, cualesquiera que hubiesen sido las motivaciones reales para dictar esas

²⁷ Véanse TWINING, 1973a; LLEWELLYN, 1931; 1930a.

resoluciones. Un juicio jurídico profesionalmente aceptable sería, entonces, aquel que estuviese expresado en términos de casos, leyes, regulaciones, reglas jurídicas, principios jurídicos y fuentes jurídicas secundarias aceptadas. En otras palabras, en el lenguaje de las fuentes tradicionales del derecho.

Como los realistas reconocieron que las decisiones tomadas sobre bases no jurídicas debían ser justificadas en términos jurídicos tradicionales, un punto medular de la posición realista fue que esas justificaciones jurídicas tradicionales casi siempre estaban disponibles para justificar las soluciones a las que se había llegado por otros motivos, cualesquiera que fuesen esas soluciones. Si no fuese así —si la mayoría de las soluciones derivadas de razones no jurídicas no pudieran justificarse por referencia a las fuentes jurídicas tradicionales— la posición realista sería trivial. Aun los tradicionalistas contra quienes los realistas reaccionaron han reconocido que los jueces, con frecuencia, quieren llegar a soluciones que no están apoyadas por la jurisprudencia. Así, para que el desafío realista sea un desafío real, debe insistir en que la jurisprudencia no era, por mucho, tan coactiva como creían los tradicionalistas, y que las justificaciones apoyadas en la jurisprudencia para virtualmente cualquier solución que un juez quisiera dar por virtualmente cualquier razón podría ser fundamentada con fuentes jurídicas tradicionales.

Así, la posición realista se apoya en la afirmación de que existen casos, leyes, máximas, principios, cánones, fuentes autoritativas o enunciados de tratados internacionales disponibles para justificar las decisiones a favor de *las dos* partes en todos o, al menos, en la mayoría de los litigios judiciales. Si una sentencia favorable al actor puede justificarse apelando a fuentes jurídicas estándar, y si una sentencia favorable al demandado también puede justificarse apelando a fuentes jurídicas estándar (aunque distintas), el derecho no está, en verdad, resolviendo el litigio. Esto es precisamente lo que sostuvieron los realistas, aunque reconocieran que se trataba de una cuestión empírica: ¿con cuánta frecuencia, exactamente, hay reglas jurídicas, principios y fuentes disponibles para justificar dos soluciones mutuamente excluyentes? Los realistas creían que una autoridad jurídica aproximadamente igual de respetable para las dos partes de la mayoría de los litigios era la característica dominante de la toma de decisiones jurídica. Pero ¿estaban en lo cierto al creer eso?

Para considerar esta cuestión, podemos comenzar con el artículo clásico de LLEWELLYN de 1950, sobre los cánones de la interpretación de las leyes²⁸. Esos cánones, a los que regresaremos en el capítulo VIII, pretenden instruir a los jueces y otros operadores jurídicos en cómo interpretar

²⁸ LLEWELLYN, 1950.

leyes vagas o ambiguas. La regla del *in dubio pro reo*, por ejemplo, es un canon que exige que las leyes penales vagas o ambiguas sean interpretadas a favor del imputado. Pero al examinar los cánones, LLEWELLYN llegó a la conclusión de que para cada canon de interpretación que decía una cosa, existía un canon «opositor» que decía todo lo contrario. Por ejemplo, un canon dispone que las ayudas externas a la interpretación, como la historia legislativa, son irrelevantes cuando las palabras de la ley son claras. Pero otro canon determina que aun las palabras claras de una ley no deben aplicarse literalmente si una aplicación tal produciría una solución distinta de lo que el legislador pretendió. Del mismo modo, el canon conocido como *in pari materia* obliga que las leyes que se ocupan del mismo asunto deben ser interpretadas como consistentes entre sí, pero otro requiere que las leyes posteriores derogan a las anteriores. Y así, muchos más. La belleza y el atractivo del artículo de LLEWELLYN no son captados solo por estos ejemplos, sino por la manera en la cual para casi todos los cánones de interpretación de las leyes que halló y listó, había otro que parecía apuntar exactamente en la dirección opuesta. LLEWELLYN llamó a esto la «arremetida» y la «defensa» de los cánones que se baten a duelo, y usó el lenguaje de la esgrima para demostrar que la viabilidad de un apoyo jurídico tradicional para soluciones mutuamente excluyentes era una característica ubicua en el derecho. También concluyó que la presencia de autoridad jurídica en las dos partes de la mayoría de las cuestiones jurídicas disputadas significaba que la decisión real —lo que rompía la paridad, si se quiere— debía de ser hallada en algo diferente que el derecho como tradicionalmente se lo entendía.

La posición de LLEWELLYN era menos extrema de lo que podría parecer²⁹. Ya en 1930, en *The Bramble Bush*, LLEWELLYN tenía problemas para limitar sus afirmaciones a la clase de casos por la cual valía la pena luchar. Anticipándose a ideas económicas sobre el derecho acerca del llamado efecto de selección, que no surgirían hasta unos cincuenta años más tarde³⁰, LLEWELLYN reconoció que los casos claros en los cuales el derecho favorece solo a una de las partes raramente generan un litigio judicial. En efecto, raramente generan una controversia jurídica de ningún tipo. Muchos norteamericanos preferirían pagar sus impuestos en una fecha posterior que el 15 de abril, pero la implausibilidad de hallar fundamentos jurídicos para su posición implica que la cuestión acerca de si «el 15 de abril» en el *Internal Revenue Code* significa el 15 de abril rara vez será

²⁹ No está del todo claro si LLEWELLYN estuvo o no en lo cierto acerca de los cánones. Véase SINCLAIR, 2006; 2007.

³⁰ Véase POSNER, 1986: §21; PRIEST y KLEIN, 1984. Véanse también JORDAN, 2007; LEDERMAN, 1998, y la discusión más extensa en el apartado 2 del capítulo II, *supra*.

cuestionado, aún menos será materia de un litigio y mucho menos aún llegará a un tribunal de alzada. Del mismo modo, en el curso normal de las cosas, las cuentas son pagadas, los policías obtienen órdenes de registro, los contratos se cumplen y las compañías de seguro cuyos asegurados causan accidentes pagan a las víctimas. El derecho está lleno de esas aplicaciones directas — podemos llamarlas «casos fáciles» —, y el conjunto de casos que acaba en los tribunales, y aún más el conjunto menor que llega a un tribunal de alzada, están compuestos más que nada de esos casos en los cuales las dos partes creen que tienen un argumento jurídico lo suficientemente defendible como para que valga la pena gastar tiempo y dinero para intentar una apelación. Como la vasta mayoría de las aplicaciones del derecho no son aquellas en las cuales las partes que sostienen posiciones mutuamente excluyentes creen ambas que pueden, razonablemente, ganar, aquellas que lo son están en una enorme mayoría en los contornos imprecisos del derecho. Y eso se da aún más con respecto al conjunto todavía más pequeño que representa el universo de casos apelados en los cuales es resuelto el fondo de la cuestión.

LLEWELLYN reconoció la existencia del fenómeno de la selección y la consecuente falta de representatividad de los casos de apelación de los que se ocupó. Por ende, su posición se entiende mejor como una afirmación acerca de las decisiones tomadas en los casos difíciles de apelación y no tanto como una acerca de la indeterminación generalizada del derecho. Algo semejante se aplica al realismo jurídico en general. Sin embargo, con respecto al conjunto poco representativo de eventos jurídicos que constituyen la población de los casos de apelación, LLEWELLYN y los otros realistas insistieron en que el juez, habitualmente, estaba mucho menos limitado por el derecho formal que lo que se piensa, y muchísimo menos que lo que los jueces pretenden estarlo al redactar sus votos. No obstante, la extensión de esa limitación sería una función de la extensión en la cual *no* existe un argumento jurídico plausible para justificar una de las dos soluciones. La frase de LLEWELLYN sobre «arremeter y defenderse» no es, entonces, simplemente acerca de los cánones de la interpretación legislativa ni sobre la interpretación legislativa. Para LLEWELLYN, es un ejemplo del hecho evidente de que en los casos difíciles existen usualmente justificaciones jurídicas respetables y defendibles para un amplio rango de soluciones posibles (pero, decididamente, no para todas)³¹ en los casos que llegan a una instancia de apelación. Como resultado, para él, las reglas formales del derecho no solo disponen pocas veces las soluciones, sino que también limitan muy poco las soluciones seleccionadas sobre la base de otras consideraciones.

³¹ Así, LLEWELLYN dejó claro que para él, el rango de justificaciones jurídicas *defendibles* es, con frecuencia, bastante limitada. LLEWELLYN 1930b: 73

3. UNA AFIRMACIÓN EMPÍRICA

La posición realista básica acerca de la toma de decisiones judiciales es, entonces, una hipótesis que tiene dos partes. La primera es la afirmación de que la mayoría de los jueces prefieren una solución —sobre la base de las características de los litigantes, las del juez, concepciones de la justicia, ideología o consideraciones de buenas políticas— que antecede a la consulta del derecho formal. Es decir, que los jueces perciben primero una solución y luego buscan su justificación jurídica. El segundo componente de la hipótesis es la afirmación de que al buscar una justificación jurídica para una solución escogida por otros fundamentos, en sistemas complejos e intrincados del *common law* los jueces rara vez (pero no nunca) se desilusionarán. Ocasionalmente, podría existir una solución preferida que simplemente «no cuaja», pero esto sería muy raro, y con la mayor frecuencia, la experiencia de juzgar no involucra sentirse frustrado sino hallar alguna justificación jurídica plausible para una solución que se seleccionó con criterios no jurídicos.

Los dos componentes de la posición realista son, en última instancia, empíricos. Ello porque es empírica la cuestión de cuál es, si no es el derecho formal, el factor determinante principal de las preferencias judiciales pre o extrajurídicas. Y como las afirmaciones del realismo son empíricas, no hay razón para suponer que sus conclusiones empíricas serán las mismas para todos los tiempos, lugares, jueces y, quizás lo más importante, para todas las cuestiones y todos los tribunales. Así, no debería sorprender que en un extremo de la indeterminación del derecho hallemos a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Hace ya unos cuantos años, investigadores de ciencias políticas utilizaron técnicas sofisticadas de regresión múltiple para determinar qué influía en realidad en las soluciones dadas a los casos por la Corte Suprema. Examinaron un rango de factores y concluyeron en que la ideología, más que las características personales del juez, las variables jurídicas de los textos y los precedentes o cualquier otra cosa, es el elemento predictor principal de las soluciones otorgadas por la Corte³². Los resultados a los que arribaron estos investigadores —a veces llamados «actitudinales» por sus conclusiones, derivadas de sus observaciones, de que las actitudes de los jueces son más relevantes que el derecho— no deberían sorprendernos. La Corte Suprema controla la lista de los casos en los que entiende, y en nuestros días, normalmente, resuelve

³² Véanse, *e.g.*, BAUM, 1997; BRENNER y SPAETH, 1995; SEGAL y SPAETH, 2002; 2001; 1993; 1996. Posiciones de alguna manera más calificadas pueden hallarse en EPSTEIN y KOBYLKA, 1992; HANSFORD y SPRIGGS, 2006; WAHLBECK, 1997.

el fondo de la cuestión en poco más de setenta casos por año, seleccionados entre los más de nueve mil en los cuales las partes han solicitado su intervención. Alguna vez la Corte acepta y resuelve un caso relativamente fácil en el cual un tribunal inferior, de manera inexplicable, ha cometido un error garrafal, o respecto del cual la Corte cree importante sentar su posición. Pero es muchísimo más común un caso que ha llegado tan lejos precisamente porque no existe una norma que rija la cuestión o porque hay argumentos jurídicos iguales de buenos para las dos partes. Más aún, dada la naturaleza de la actividad de la Corte, la mayoría de estos casos son aquellos sobre los cuales la gente, incluidos los jueces de la Corte Suprema, han tomado una posición pre o extrajurídica muy fuerte. Pocos jueces se preocupan demasiado acerca de las cuestiones técnicas de la interpretación de la *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)*, acerca de la aplicación de la *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)*, acerca de las tan oscuras cuestiones en la ley de sociedades o acerca del derecho de comodato en general, por lo que en esos casos bien puede ser que los jueces no tengan el ímpetu para llegar a una conclusión antes de consultar el derecho. Pero cuando las cuestiones relacionadas son el aborto, las acciones afirmativas, la pornografía, la asistencia financiera a las escuelas públicas, la pena capital y los poderes del presidente con respecto a la seguridad nacional, por ejemplo, es casi imposible imaginar a un ministro de la Corte Suprema sin una posición moral, política, social o ideológica al respecto. Siendo esto así, difícilmente nos sorprenda que la combinación que se da en la Corte Suprema entre un conjunto pequeño de casos seleccionado por ella misma, ubicada en el pináculo de la pirámide judicial, y cuestiones sobre las cuales los ministros suelen tener fuertes opiniones personales, resulte en un dominio en el cual la posición realista sea confirmada mediante investigaciones empíricas serias³³.

A pesar de esto, sería un error asumir que lo que es verdadero con respecto a la Corte Suprema lo es para otros tribunales y otras cuestiones. Se ha investigado algo menos sobre los tribunales estatales y los tribunales federales inferiores que sobre la Corte Suprema, pero el cuerpo de esa investigación sigue siendo considerable. Y cuando nos fijamos en sus conclusiones, vemos que la jurisprudencia parece jugar un papel muchísimo mayor en la toma de decisiones judiciales que lo que los realistas más extremos supusieron³⁴. Aunque los reportes elaborados por los propios jueces probablemente exageran el

³³ Véase POSNER, 2005. La concepción del juez POSNER de la «política», aunque consistente con la perspectiva realista al menos con respecto a la Corte Suprema, no está limitado a su sentido partisano, o aun ideológico. Véase POSNER, 2008.

³⁴ Entre los estudios están BENESH, 2002; KLEIN, 2002; BRACE y GANN HALL, 1993; CROSS, 2003; GEORGE, 1998; REVEZ, 2001; 1999; 1997; SONGER y DAVIS, 1990.

efecto del derecho formal en sus decisiones, la conclusión que se extrae de la investigación, que se reconoce muy simplificada, es que aun en los tribunales inferiores un rango amplio de factores no jurídicos tiene un papel más grande que lo que el modelo tradicional supone, pero que los factores jurídicos explican considerablemente más de la toma de decisiones en los tribunales inferiores que en la Corte Suprema. Y aunque pocas investigaciones entre las existentes divide la cuestión de esta manera, sería plausible suponer que las explicaciones realistas son verdaderas con más frecuencia con respecto a las cuestiones cargadas ideológicamente que a las que no lo son, con respecto a los tribunales de apelación que a los de juicio y con respecto al desordenado derecho común que a la interpretación de las leyes.

Aunque el análisis empírico de las decisiones tomadas por la Corte Suprema se ha vuelto cada vez más técnico y sofisticado, las afirmaciones empíricas de los realistas son esencialmente agnósticas con respecto al método. Algunos de los realistas propusieron investigaciones que emplearan los métodos, en esa época eran novedosos, de las ciencias sociales. Por eso, se habrían sentido cómodos con las metodologías actuales, más sofisticadas. Pero otros creían que las percepciones cuidadosas de abogados experimentados eran suficientes para identificar los «verdaderos» factores determinantes de las soluciones judiciales y las divisiones reales o categorías del derecho. Así, aunque si HOLMES hubiera escrito un libro de casos de derecho de daños, probablemente lo hubiera dividido en secciones como negligencia, daños intencionales, responsabilidad objetiva y causalidad, el realista Leon GREEN escribió uno dividido justo en las líneas que HOLMES había ridiculizado en *La Senda del Derecho* Holmes dijo que categorías como «embarcaciones» o «telégrafos» no podían fundamentar predicciones precisas del derecho, porque no eran categorías que en verdad determinaban las soluciones jurídicas³⁵, pero la presuposición empírica de GREEN fue exactamente la contraria. En la división del libro de GREEN en secciones tituladas «Transporte» y «Animales», por ejemplo, está implícita la creencia prototípica del realismo de que esas eran las categorías que no solo permiten a los estudiantes comprender mejor el derecho de daños y ayudan a los abogados a predecir mejor las soluciones jurídicas, sino que también explican mejor los factores que influyen de manera genuina en el comportamiento judicial. Quizás GREEN hubiera hecho un trabajo todavía mejor con las herramientas modernas de la regresión múltiple, pero el punto central es que como un realista, quería examinar empíricamente los factores determinantes reales de las decisiones judiciales, factores que según él tenían poco que ver con las justificaciones jurídicas que los jueces ofrecían en sus votos.

³⁵ HOLMES, 1897: 475.

Sin embargo, vale la pena repetir que el estudio empírico que los realistas propusieron podría, en efecto, resultar menos inconsistente con la posición tradicional del derecho, con respecto a algunos tribunales, cuestiones y ramas del derecho, que lo que la mayoría de los realistas imaginaban. Por ejemplo, podría ser que el principal factor determinante de las decisiones judiciales en cuestiones de interpretación de las leyes fuese el significado ordinario de las palabras de la ley relevante, y que el factor determinante primordial en cuestiones de derecho de contratos en casos de apelación sea el conjunto de reglas, principios y fallos judiciales de derecho de contratos que figuran en los libros de casos de contratos tradicionales y en tratados como los de CORBIN y WILLISTON. Esos resultados habrían sorprendido a los realistas, pero las explicaciones jurídicas tradicionales para las soluciones judiciales bien podrían resultar sólida en uno o varios dominios, y el mero hecho de tomar a esta cuestión como empírica es, en el sentido más amplio, quizás la característica más importante y el legado del programa realista³⁶.

4. EL REALISMO Y EL ROL DEL ABOGADO

Pero no dejemos a HOLMES demasiado atrás. Es verdad que su compromiso con la importancia de las categorías característicamente jurídicas era antirrealista por completo, pero su idea original acerca de las predicciones y el «hombre malo» sin duda no lo fue. El punto de vista del hombre malo no es, naturalmente, la única perspectiva desde la cual mirar el derecho³⁷. Y la caracterización del «hombre malo» es desafortunada, porque la mayor parte de las personas que desean o necesitan saber lo que el derecho les hará o hará por ellos, no son «malas» en el sentido usual de la palabra. Un diario que desea predecir la reacción jurídica probable por la publicación de una noticia poco halagadora acerca de un político, difícilmente pueda ser llamado «malo». Tampoco el ciudadano ordinario que quiera saber cuánto debería pagar en concepto de impuestos, cuán velozmente debería conducir y qué necesita hacer para asegurarse de que tras su muerte sus bienes pasarán a sus hijos. En todos esos casos, es importante predecir la reacción del sistema jurídico ante diversos cursos de conducta, y HOLMES tenía razón en llamar la atención sobre esta dimensión fundamental del derecho. Al igual que los realistas, quienes entendieron que el ciudadano típico, en esta clase de circunstancias, está interesado más en lo que hará el derecho que en lo que dice. Si el derecho hará algo distinto que lo que dice por escrito —si se puede conducir sin temor a ser detenido a 95 o aun a 100 kilómetros por

³⁶ Véase MILES y SUNSTEIN, 2008.

³⁷ Véase TWINING, 1985; 1973b. También GREEN, 2005.

hora aun cuando el cartel dice «Velocidad máxima 90» —, esto es algo que la mayoría de los ciudadanos, buenos o malos, racionalmente querrían saber.

Pero ¿qué significa esto para el abogado que argumenta en un caso? Aunque no era realista, el Presidente de la Corte Charles Evan HUGHES señaló, como es famoso, en sus primeros años de carrera que «[l]a Constitución es lo que los jueces dicen que es»³⁸. Esta cita se erige como uno de los iconos de la perspectiva realista. Pero aun si fuese cierto, desde la perspectiva del mal llamado hombre malo, que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es, un abogado difícilmente pueda pararse ante la Corte y decirle que el derecho es lo que ella dice. Esa observación puede ser verdadera desde un punto de vista, pero lo que la Corte quiere saber es por qué debería decir que la Constitución dice una cosa y no otra. Y a este respecto, el que la Constitución diga lo que la Corte Suprema dice sería absolutamente irrelevante. Podría ser importante para los abogados y sus clientes predecir las decisiones judiciales, pero un abogado que litigue ante un tribunal difícilmente pueda adoptar la postura de que el derecho es la predicción de las decisiones de ese tribunal.

Pero aunque un tribunal quiera saber algo más que el hecho de que su decisión establecerá el derecho, lo que el realismo le dice al abogado es que el tribunal, en algún nivel de conciencia, podría tener un interés mayor o menor acerca de lo que dice la jurisprudencia. Si el principal factor determinante de las decisiones de la Corte Suprema es la ideología, en sentido amplio, como los investigadores actitudinales de las ciencias políticas y otros sostienen, el abogado efectivo frente a la Corte Suprema tratará de persuadir a una mayoría de sus ministros de que una resolución a favor de su cliente favorecerá a su ideología particular. El abogado podría no articularlo de una manera tan explícita o transparente, pero sin embargo construirá un argumento para apelar a los fundamentos reales de la toma de decisiones judiciales. Del mismo modo, si se conoce que un juez, sistemáticamente, estará de acuerdo con mayor probabilidad con el argumento que hubiera oído en último lugar (en los años setenta se creía que un famoso pero ya fallecido juez de distrito en Nueva Inglaterra, Estados Unidos, se comportaba de este modo), el buen abogado intentará hablar último. Si un juez es famoso por ser muy puntilloso con la vestimenta, y si hay pruebas de que la apariencia es un factor determinante de sus decisiones, aun si no el único, el buen abogado se asegurará de que su apariencia y la de su cliente no se enfrenten a la del juez. Y si otro juez está más preocupado por la justicia que por la letra de la

³⁸ «Nos rige una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es». Charles Evan HUGHES, gobernador de Nueva York, discurso ante la Cámara de Comercio de Elmira (3 de mayo de 1907), publicado en HUGHES, 1916: 179, 185.

ley, el abogado que litigue ante él intentará asegurarse de que mucho de su argumento, en un juicio oral, en un informe escrito o en un argumento de apelación, le provea al juez de los suficientes detalles fácticos aun si algunos de ellos son, desde un punto de vista técnico, jurídicamente irrelevantes; de este modo, el juez podrá tener la información para fundar la conclusión de que una resolución favorable a su cliente será justa.

Nada de esto quiere decir que los buenos abogados ignoren el derecho o que deban hacerlo. Como hemos visto, es raro el juez que no crea importante justificar sus decisiones con fundamentos jurídicos tradicionales, aun aquellas a las que arribó por otras razones. El abogado influido por los realistas no solo argumentará el caso en términos que apelen a los fundamentos reales de las decisiones de un juez, sino que le ofrecerá al juez jurisprudencia —un «gancho», por así decirlo— del que tomarse para justificar la decisión. Aun el juez que resuelve un caso sobre la base de la equidad no jurídica, o la justicia, o alguna política, por ejemplo, necesitará ese gancho o marco jurisprudencial, y nada en la perspectiva realista desalentará al abogado en su tarea de construirlo, aun si el abogado está, correctamente, enfocando sus argumentos sobre otras cosas.

5. *LOS CRITICAL LEGAL STUDIES* Y EL REALISMO CON UN TRAJE MODERNO

Aunque la mayoría de los pioneros del realismo jurídico florecieron entre los años veinte y los años cuarenta, la perspectiva realista sigue siendo próspera. Suele decirse que «ahora todos somos realistas», pero esto es casi con seguridad falso. No solo el «todos» es una exageración mayúscula, sino que la forma de realismo que sobrevive es una variante muy domesticada. La creencia en la jurisprudencia como factor determinante total puede haberse marchitado un poco, pero los libros de casos de derecho de daños son menos parecidos al de Leon GREEN que lo que hubiéramos vaticinado hace medio siglo, con el libro moderno típico apoyándose en gran medida en las categorías jurídicas tradicionales de la jurisprudencia sobre daños. El derecho constitucional todavía sigue siendo discutido, cuestionado y organizado en discrepancia sustancial con lo que los actitudinales habían establecido con firmeza, y cualquier estudiante que crea que una perspectiva realista fuerte será recompensada en sus exámenes de la facultad de derecho recibirá una sorpresa ingrata.

Hay (al menos) cuatro explicaciones para este estado de cosas aparentemente convencional. Una sería que las afirmaciones empíricas fuertes de comienzos del realismo son falsas. Podría sostenerse que aun si fuese verdadero que en el corazón de las decisiones de la Corte Suprema acerca del

aborto, las acciones afirmativas y el poder presidencial hay algo distinto que la jurisprudencia, una vez que dejamos de lado este clima enrarecido y nos fijamos en los casos ante los tribunales inferiores sobre cuestiones menos cargadas ideológicamente, por no decir sobre cuestiones de derecho no litigiosas, el realismo eleva una característica ocasional de la toma de decisiones judiciales en algo mucho mayor de lo que es. Como respuesta empírica a una pregunta empírica, esta explicación enfrenta al realismo en sus propios términos, y poco puede agregarse más que si el realismo es empíricamente correcto para una gran parte del derecho, el hecho de que el realismo ahora pueda ser sustancialmente descartado es sorprendente e incómodo. Pero si las afirmaciones centrales de los realistas son más falsas que verdaderas y más exageradas que sólidas, no debería sorprendernos de que su importancia se haya vuelto relativamente insignificante.

La segunda explicación sería que el realismo, de hecho, subsiste, pero con un ropaje diferente. Por ejemplo, en la medida en que la escuela del *Law and Economics* explica mucho de la toma de decisiones jurídicas en términos de maximización de la eficiencia, sería adecuado interpretarlo como asumiendo un enfoque al estilo de LLEWELLYN, orientado a políticas, en el estudio de lo que los jueces hacen en realidad. Y otros enfoques —el «derecho en acción» de la escuela de la *Law and Society*, por ejemplo— podrían ser vistos también como herederos del realismo. En efecto, el hecho de que las audiencias para la nominación de los magistrados de la Corte Suprema se hayan concentrado rutinariamente en las creencias políticas, extrajurídicas, del candidato, es una manifestación especialmente visible de una conciencia realista que va en aumento. El éxito del realismo, podría decirse entonces, no se evidencia en el número de realistas acérrimos que existen sino en que encontramos perspectivas realistas por todas partes.

Tercero, podría ser que las facultades de derecho pretendieran enseñar a sus estudiantes más acerca del lenguaje de la justificación jurídica que de los factores determinantes de la decisión judicial. Podría sostenerse que aun si los jueces basaran sus decisiones, sustancialmente, en nociones amplias de equidad y justicia, o en consideraciones referidas a políticas, o aun en las características personales del juez y los litigantes, lo que los abogados deben saber, y las facultades de derecho están en una posición única para enseñar, es el lenguaje del derecho, las palabras y las categorías y los conceptos donde el discurso del derecho tiene lugar, aun si detrás del discurso está ocurriendo algo completamente distinto. Quizás los abogados puedan tolerar ser realistas, pero tendrán éxito solo si comprenden el lenguaje no realista y las categorías con las cuales el sistema jurídico funciona en realidad.

Cuarto, quizás el realismo ha sido marginado porque es demasiado amenazador. Esta sería la posición de muchos de los miembros del movimiento

de los *Critical Legal Studies*, algunos de los cuales parecen continuar o haber continuado de manera explícita el programa realista. Parte de los *Critical Legal Studies*, un movimiento que creció en la década de los sesenta y pudo haber tenido su mayor influencia en los años setenta y ochenta, tiene poco que ver con el realismo. Al menos una de las afirmaciones importantes de esa escuela era que la jurisprudencia debía entenderse como un reflejo de las decisiones políticas e ideológicas contingentes. En la medida en que una de sus afirmaciones importantes era que la jurisprudencia reflejaba una estructura de poder existente o servía los intereses de ciertas clases o segmentos de la sociedad, su posición estaba solo levemente conectada con el realismo y con el interés de este libro sobre las cuestiones de la argumentación y los razonamientos jurídicos.

Sin embargo, en otros aspectos los miembros de la escuela de los *Critical Legal Studies* eran explícitamente realistas. Algunos de ellos enfatizaron la indeterminación de la jurisprudencia, sosteniendo, como LLEWELLYN con otras palabras, que los decisores jurídicos típicamente cuentan con más opciones jurisprudencialmente abiertas para ellos que las que tenían en la visión tradicional de su tarea³⁹. Según ese argumento, a la luz de esta indeterminación de la jurisprudencia, es importante entender las bases reales de la toma de decisiones judiciales. Así, por ejemplo, cuando Duncan KENNEDY sostuvo que los jueces siempre tienen a mano «jugadas» suficientes para dotarse de respetabilidad profesional al evitar aun las indicaciones más claras de las reglas jurídicas más claras⁴⁰, estaba efectuando una afirmación empírica totalmente consistente con el núcleo central del realismo. Y cuando Mark TUSHNET insistió en que la ideología política era el factor determinante principal de muchas de las decisiones constitucionales⁴¹, no solo ofreció una explicación del derecho constitucional norteamericano que era consistente con la de los autores de ciencia política de cariz actitudinal, sino que dio el tipo de explicación con las cuales LLEWELLYN, aun si no Jerome FRANK, habría congeniado. Es verdad que TUSHNET y otros enfatizaron en la ideología y no en las políticas, en la política y no en la personalidad, y en las amplias influencias sociales y no en la equidad en el caso particular. Pero vistas a través del prisma realista, estas diferencias parecen comparativamente menores. Aunque pueda haber diferentes versiones de qué factores extrajurídicos conducen, de hecho, la toma de decisiones judicial y la argumentación jurídica, la insistencia en lo que tradicionalmente habría sido considerado no jurídico conecta a los *Critical Legal Studies* con las posiciones principales del realismo de los años treinta.

³⁹ Véase, *e.g.*, SINGER, 1988. También, SINGER, 1984.

⁴⁰ KENNEDY, 1986; 1972.

⁴¹ TUSHNET, 1981.

El realismo jurídico incluyó perspectivas frente al derecho distintas de las que se enfocaban en el razonamiento jurídico, como por ejemplo las de HUTCHESON, FRANK, GREEN y LLEWELLYN. Del mismo modo, para repetirlo, los *Critical Legal Studies* tienen elementos desconectados con el realismo jurídico y, por ende, con las cuestiones del razonamiento jurídico, la argumentación jurídica y la toma de decisiones judiciales. Pero en la medida en que parte de los *Critical Legal Studies* sí se han ocupado de esos temas, puede interpretarse que mucho del trabajo de estos autores lleva adelante el programa realista. Como conjunto de afirmaciones empíricas, el programa realista difícilmente puede ser ahora condenado por ser falso en su mayor parte, o defendido por ser en su mayor parte verdadero. La verdad del realismo es específica para un dominio, y la medida en la cual las herramientas y los dispositivos tradicionales del razonamiento jurídico sean en realidad factores que determinan las soluciones jurídicas seguirá siendo un tema para investigaciones serias, cuyos resultados seguirán cambiando con el objeto, nivel y ubicación de la toma de decisiones judiciales.