

EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO. PERSPECTIVAS DE RECONSTRUCCIÓN Y NUEVAS TRAYECTORIAS INTERPRETATIVAS

AMERICAN LEGAL REALISM. NEW PERSPECTIVES AND INTERPRETATIONS

VALERIA MARZOCCO
Università di Napoles - Federico II

Fecha de recepción: 7-5-17

Fecha de aceptación: 7-7-17

Resumen: *Este artículo tiene como objetivo proporcionar una aproximación al Realismo Jurídico Norteamericano desde su exigencia de una jurisprudencia empírica. En el marco de la “revuelta contra el formalismo” que caracteriza la postura teórica de la ciencia social del periodo en la cultura estadounidense, juega un papel central la influencia de las ciencias psicológicas. Sin embargo, desde la interpretación de Lon Fuller, el behaviorismo psicológico parece ser, para los realistas, más una herramienta lingüística que una teoría, desde la perspectiva de la relación entre orden jurídico y orden social. Recientemente, Brian Leiter se ha centrado en este tema, argumentando que la “Core Claim” del Realismo se basa en una jurisprudencia naturalizada. Estas interpretaciones ayudan a considerar la contribución que el Realismo Jurídico Norteamericano ha ofrecido a la teoría jurídica.*

Abstract: *This paper aims to provide an approach to American Legal Realism under the lens of its empirical claim for jurisprudence. In the framework of the “revolt against formalism” that characterizes the theoretical attitude of social science of that period in American culture, the influence of psychological sciences plays a central role. Nevertheless, since Lon Fuller’s early interpretation, psychological behaviourism seems to be for realists more a linguistic tool than a theory, in the perspective of the relationship between legal and social order. Recently, Brian Leiter has turned to focus on this topic, arguing that the ‘Core Claim’ of the Realism relies in a naturalized jurisprudence. These interpretations help to consider the contribute that American Legal Realism has offered to legal theory.*

Palabras clave: realismo jurídico norteamericano, teorías psicológicas, naturalismo, ley
Keywords: American legal realism, psychological theories, naturalism, law

1. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO Y SUS “REPRESENTACIONES”

En un reciente trabajo, Brian Leiter ha reabierto el debate sobre el realismo jurídico norteamericano emancipándolo de una larga marginación¹. A pesar de las numerosas referencias², la *jurisprudence* anglo-norteamericana ha mostrado durante mucho tiempo un escaso interés por el iusrealismo, justificado bien por la idea de que no era necesario volver sobre un momento absolutamente contextual a su época, bien por la constatación, quizá demasiado obvia, de que “hoy todos somos realistas”³, que absorbía en gran parte en la cultura jurídica contemporánea muchas de las cuestiones que para aquellos estudiosos parecían no estar resueltas⁴.

A partir de los años ochenta, esta tendencia a historizar el realismo se ha confirmado en el marco de aquellos estudios que han vuelto sobre su recons-

¹ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2007.

² Sobre esta cuestión, para una mirada global a las herencias del realismo jurídico norteamericano que considera la influencia sobre algunos de los movimientos de la teoría crítica del derecho del siglo XX, cfr. C. FARALLI, “Le eredità del realismo giuridico americano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm 1, 2006, pp. 119-126. Para una lectura de las interpretaciones del realismo ofrecidas por los *Critical Legal Studies*, cfr. I. PUPOLIZIO, “Più realisti del re? Il realismo giuridico americano nella prospettiva dei “Critical Legal Studies”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm 1, 2010, pp. 73-104.

³ Esta fórmula (“We are all legal realists now”) abría, desde la provocación, la larga recensión que William Joseph Singer dedicó al trabajo de Laura Kalmann sobre el realismo en Yale en 1986: cfr. W. J. SINGER, “Legal Realism Now”, *California Law Review*, vol. 76, núm 2, 1988, pp. 465-544.

⁴ En cambio, sobre este último punto, como señala hábilmente en un reciente trabajo Mauro Barberis, es oportuno distinguir entre una consideración del realismo absorbida por la teoría del derecho contemporánea y que se refiere a la jurisprudencia como fuente de producción del derecho –“Today, there is no theory of law that does not recognise the judicial production of law, especially in the form of interpretation, often regarded as judicial legislation” (p. 9)- y una consideración que el realismo jurídico ofrece como teoría general del derecho que subraya la función preeminente de la jurisprudencia sobre la legislación, en la forma que el proceso de producción del derecho asume en los ordenamientos contemporáneos: cfr. M. BARBERIS, “For a Truly Realistic Theory of Law”, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm 29, 2016, pp. 7-14.

trucción a partir del contexto académico⁵ y político-cultural⁶ en el que se asentó. Aunque desde un punto de vista externo al campo concreto de la teoría del derecho, los trabajos sobre la cultura jurídica estadounidense en el siglo XX han servido de pretexto para reabrir el debate, que se ha retomado desde el punto máximo de incertidumbre en la literatura, el de su ‘representación’.

En efecto, reconstruir el realismo jurídico norteamericano es una operación compleja porque sobre ella han incidido siempre, al menos, dos puntos de vista: el interno *de los* realistas y el externo *sobre el* realismo. Es bien sabido que, desde el primer ángulo de observación, el problema que debe definirse a partir de la atribución *realista* de la propia *jurisprudence* aparece solo a partir de 1930, con el célebre trabajo de Llewellyn⁷ y el debate posterior⁸. Sin embargo, con anterioridad, el término se había utilizado para sintetizar la postura de aquellos estudiosos que, a principios del siglo pasado, habían interpretado la aspiración reformista de la jurisprudencia estadounidense en la línea de las enseñanzas de Oliver Wendell Holmes y el movimiento de la jurisprudencia sociológica⁹.

⁵ En el campo de las investigaciones historiográficas sobre el realismo en el contexto académico, cfr. J. H. SCHLEGEL, “Between the Harvard Founders and the American Legal Realists: The Professionalization of the American Law Professor”, *Journal of Legal Education*, núm 35, 1985, pp. 311-325; y cfr. L. KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, University of California Press-American Society for Legal History, Chapel Hill- Londres, 1986.

⁶ Sobre esta cuestión, además del clásico estudio de Morton White sobre el clima intelectual y filosófico de principios del siglo XX en Estados Unidos (“The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 8, núm 2, 1947, pp. 131-152), es oportuno señalar el trabajo de John Henry Schlegel (*American Legal Realism and Empirical Social Science*, University of North Carolina Press-American Society for Legal History, Chapel Hill-Londres, 1995).

⁷ K. LLEWELLYN, “A Realistic Jurisprudence – The Next step”, *Columbia Law Review*, vol. 30, núm 4, 1930, pp. 431-465.

⁸ Para Horwitz (M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, Nueva York, 1992 [trad. it.: *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 303 y ss.]), sería la intervención de Roscoe Pound en 1931, en la época en que era Decano de la Escuela de Derecho de Harvard (R. POUND, “The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm 5, 1931, pp. 697-711), en respuesta a Llewellyn, la que daría impulso al movimiento. Cfr. K. LLEWELLYN, “Some Realism about Realism: responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm 8, 1931, pp. 1222-1264. Además, sobre la reconstrucción de este controvertido aspecto de la ‘geografía’ realista, véase G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano, 1962, pp. 2 y ss.

⁹ “The fiction that judges do not legislate has long since been abandoned by all who care for a conscious and realistic jurisprudence”: H. J. LASKI, “Judicial Review of social policy in England”, *Harvard Law Review*, vol. 39, núm 7, 1926, p. 832.

Las consideraciones de Giovanni Tarello sobre lo que ocurre con “una locución tomada del lenguaje ordinario”, que describe un uso lingüístico de sentido común del término aludiendo a una posición definida en términos de teoría del derecho que “implica que se considere correcto someter a prueba o a comprobación empírica una serie de formulaciones expresadas en el lenguaje prescriptivo”¹⁰, son útiles, y a ellas es oportuno referirse en este momento. Teniendo en cuenta las dificultades del realismo *de los* realistas, en el laberinto de las distinciones y las rivalidades internas, y aunque no pudiera afirmarse ninguna razón para apoyar la existencia de una “escuela” del realismo, se haría necesario asumir seriamente esa locución, con el significado técnico que adquiere a partir de 1930, y con el objeto de indagar el núcleo de los problemas que constituyen la base común de reflexión de ese movimiento, pero también de considerar las premisas metodológicas que comparten y los enunciados teóricos normativos que componen su contribución. La tesis de Tarello sobre el realismo como “movimiento” y, recientemente, la de Frederick Schauer, que señala con mayor decisión que el realismo jurídico norteamericano es una “escuela”¹¹, contrastan con una parte importante de las representaciones sobre el periodo, justamente en el ámbito de la reconstrucción histórica del pensamiento jurídico estadounidense¹². Esa parte ha privilegiado tanto un *cliché* construido sobre algunas de sus formulaciones más célebres¹³, como los caracteres históricos y de contexto en los que se ha desarrollado el movimiento. A estas perspectivas se les ha sumado un tema

¹⁰ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit. pp. 2-3.

¹¹ La de Frederick Schauer es, sin duda, una de las lecturas que, en los últimos años, ha pretendido recuperar el carácter teórico –y no solo histórico o ideológico– del iusrealismo norteamericano. Sobre el razonamiento jurídico (F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. An Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge [Mass] y en términos teórico-generales, cfr. F. SCHAUER, “Legal Realism Untamed”, *Texas Law Review*, núm 91, 2012/2013, pp. 749-780.

¹² Sobre la representación del realismo como “carácter” o “clima” intelectual, cfr., respectivamente, N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 3; y M. J. HORWITZ, *Le trasformazioni del diritto americano*, cit., p. 303. Considerablemente más definida es la posición de Brian Tamanaha, que se inclina por la oportunidad de desmitificar tanto el realismo como a su antagonista teórico, el formalismo jurídico, ambos representaciones ‘míticas’ producidas por el clima de la época. Cfr. B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2009.

¹³ En la perspectiva de discutir críticamente la representación del carácter radical de la jurisprudencia de Jerome Frank, cfr. W. E. VOLKOMER, *The Passionate Liberal. The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1970.

posterior, el de las *herencias* del iusrealismo, que se ha vuelto complejo por los itinerarios heterogéneos que han caracterizado su recepción.

En el clima particular que envuelve la “revuelta contra el formalismo”, que sacude la reflexión interna de las ciencias sociales a principios de siglo en Estados Unidos¹⁴, el realismo fue interpretado como un laboratorio capaz de anticipar –por poner el acento en la no neutralidad de las concepciones del derecho y proyectarse a la sociedad, ambas cuestiones reveladas a través del análisis de los propósitos de la *policy* en la actividad de los jueces y funcionarios– muchas de las teorías críticas del siglo XX¹⁵. A menudo, esta última lectura, aunque se centra de manera oportuna en las trayectorias de intersección entre saberes que se impulsaban en aquel periodo¹⁶, no ha considerado de forma adecuada las premisas, marcadas profundamente por las corrientes filosóficas y epistemológicas del momento. Con la afirmación del carácter empírico de la ciencia del derecho, el realismo no se limitaba solo a reivindicar una continuidad con el pensamiento de principios de siglo que, haciendo propia la enseñanza de Oliver Wendell Holmes, había puesto las bases para una ampliación de la mirada del jurista más allá de la tiranía de los conceptos y de las formas asumidas por el *case law method* de Langdell¹⁷. Se trataba más bien de un enfoque epistemológico que, partiendo justamente

¹⁴ Sobre esta cuestión, es importante considerar también, además de la representación ‘continuista’ ofrecida por Morton Horwitz (*Le trasformazioni del diritto americano*, cit.), los argumentos de Robert Summers, que considera preferible una lectura unitaria –que se obtiene bajo la definición de “instrumentalismo pragmático”– de la línea de pensamiento filosófico y jurídico que va de John Dewey a los exponentes de la jurisprudencia sociológica (de Oliver Wendell Holmes a Roscoe Pound y Benjamin Cardozo), hasta incluir el movimiento realista. Cfr. R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1982.

¹⁵ Partiendo del enfoque pragmático que caracteriza al realismo, muchas son las lecturas que subrayan una descendencia directa del pragmatismo jurídico de los realistas con las teorías críticas posmodernas, marcando el carácter reformista que pertenece al realismo. Sobre esta cuestión, en términos generales y refiriéndose particularmente a los *Critical Legal Studies*, cfr. B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, cit.

¹⁶ Esta lectura que plantea a los realistas como predecesores de un enfoque descriptivo, sociológico jurídico, se encuentra a menudo conectada con la misma interpretación del término ‘realismo’ –“for most realists social science was realism” (N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, cit., p. 97)– también en la interpretación de sus herencias, como para Singer, según el cual el descendiente más directo del realismo jurídico sería justamente el enfoque propio de los estudios de *Law and Society*. Cfr. W. J. SINGER, “Legal Realism Now”, cit., p. 505, nota 129.

¹⁷ Subraya la discontinuidad del realismo norteamericano respecto a la jurisprudencia sociológica, G. E. WHITE, “From Sociological Jurisprudence to Realism. Jurisprudence and

del fracaso sustancial de ese programa¹⁸, definía la vocación empírica del conocimiento jurídico delineando los rasgos de su científicidad en una compleja red de influencias que garantizaban la auténtica aspiración: la descripción del derecho como *experiencia* observable, según un lenguaje de la causalidad, y su definición normativa, como regla en función de los objetivos que surgen de la red de regularidades de las que está entretejida la sociedad.

En el marco de las representaciones que pueden extraerse de la literatura, este trabajo pretende adoptar un particular punto de vista sobre el realismo jurídico norteamericano. En primer lugar, al definirlo como un “movimiento” de la teoría del derecho (considerando que no se pueden mantener las otras dos principales representaciones que se han discutido en la literatura, la de “escuela” y la de “carácter” o “clima” intelectual); y, en segundo lugar, al entenderlo como una contribución de la teoría general de la que el realismo, orientando gran parte de su propia atención a la teoría de la interpretación y la argumentación jurisprudencial, muestra un núcleo conceptual fuerte, tanto en el plano epistemológico –o sea, de las condiciones en las que es posible o se ha dado el conocimiento de la ciencia jurídica y del estatuto teórico de esta última–, como en el plano definitorio del derecho.

2. EL CARÁCTER EMPÍRICO DE LA CIENCIA JURÍDICA REALISTA Y LA RELACIÓN CON LAS TEORÍAS PSICOLÓGICAS DE SU TIEMPO

Al hacer su relectura del realismo norteamericano, Leiter parte de una tesis específica dentro de la teoría del derecho: el realismo está escasamente interesado en constituirse como un análisis de tipo conceptual sobre el dere-

Social Change in Early Twentieth-Century America”, *Virginia Law Review*, vol. 58, núm 6, 1972, pp. 999-1028.

¹⁸ Sobre este punto, que se refiere a la representación corriente del nacimiento del realismo jurídico en la polémica de Llewellyn con la jurisprudencia sociológica de Pound, ha arrojado luz la investigación de archivo de Natalie Hull. Este trabajo se basa en el estudio de la correspondencia entre los dos teóricos y muestra aspectos interesantes de su relación, a la vez que reflexiona sobre el asunto de la diferente posición asumida por cada uno de ellos en relación al proceso de los anarquistas Sacco y Vanzetti, en 1925: cfr. N. E. H. HULL, “Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn-Pound Exchange over Legal Realism”, *Duke Law Journal*, vol. 1989, núm 5, 1989, pp. 1302-1334; y cfr. N. E. H. HULL, *Roscoe Pound & Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1997.

cho, y todos los intentos de discutirlo en ese sentido, de Hart en adelante¹⁹, han malinterpretado el movimiento. Cuando reflexiona sobre el carácter naturalista de la *jurisprudence* realista, Leiter considera, en base a los dos puntos sobre los que se articula su tesis principal –“the Core Claim”–, las influencias del lenguaje de la psicología y, concretamente, del behaviorismo.

Con la psicología behaviorista, esta interpretación vuelve a poner el acento en un rastro que, desde los años treinta, había captado la atención del debate contemporáneo sobre el realismo, desde Lon Fuller (que lo discute especialmente con respecto a Carl Llewellyn y Underhill Moore), hasta los indiscriminados ataques dirigidos al movimiento, a lo largo de los años cuarenta, por parte de las escuelas iusnaturalistas de matriz tomista. Además, la influencia del behaviorismo sobre los autores realistas, como teoría psicológica representada por la postura de Watson, ha sido puesta en tela de juicio repetidamente, y quizás de manera crítica, por movimientos que han mirado el realismo con un interés particularmente dirigido a aceptar el mandato, como en el caso del movimiento *Law and Economics*²⁰ y, en años más recientes, del *New Legal Realism*²¹. A diferencia de estas perspectivas, según Leiter, el behaviorismo es útil para los realistas en la medida que confirma

¹⁹ La referencia se encuentra en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961 [trad. it.: *Il concetto di diritto*. Nueva edición con una posdata del autor, a cargo de Mario A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, pp. 146 y ss]. Definiendo la posición del realismo jurídico norteamericano, como expresión de un “escepticismo sobre las normas” –que implica “ignorar lo que realmente son las normas en cualquier esfera de la vida social”– Hart, como es sabido, adopta en esta postura teórica la pretensión típica de “un absolutista desilusionado”. Cfr. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., esp. pp. 163 y ss. (pero sobre esta cuestión, profundizando el análisis sobre la *jurisprudence* norteamericana, y en parte volviendo sobre posturas del trabajo de 1961, cfr. también H. L. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream”, *Georgia Law Review*, vol. 11, núm 5, 1977, pp. 969-989).

²⁰ Particularmente indicativa a este respecto es la posición de Richard Posner que, al relanzar el programa empirista en el campo de la ciencia del derecho, imputa al realismo un fracaso sustancial del programa, por falta de una base teórica suficiente (el behaviorismo watsoniano) sobre la que pudiera fundarse: “The empirical projects of the legal realists, which not only failed but in failing gave empirical research rather a bad name, illustrate the futility of empirical investigation severed from a theoretical framework” (R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 393-394. Sobre Richard Posner, cfr. P. CHIASSONI, “Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto”, en G. ZANETTI (coord.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina, Milano, 1999, pp. 183-220).

²¹ Sobre el *New Legal Realism*, debatido respecto a la relación entre derecho y ciencias sociales, cfr. M. RAITERI, “Il posto delle scienze sociali nel neo-realismo giuridico Americano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm 2, 2008, pp. 377-392.

una lectura, según la ley de la causalidad, del proceso decisional, con la finalidad de investigar los *social determinants* de las sentencias. Centrándose en las razones no jurídicas (*non-legal reasons*) que caracterizan el proceso a través del cual el juez llega a formular su decisión, el behaviorismo constituiría, de este modo, una llave de acceso solo de tipo retórico, porque la psicología behaviorista (convertida en excepción únicamente por Underhill Moore y otros pocos exponentes del movimiento)²², más que ser defendida como un aparato teórico, sería instrumentalizada por su capacidad para traducir el comportamiento de los jueces y funcionarios en el esquema de la causalidad, cubriendo el déficit explicativo de la norma formalmente entendida.

Interpretado en estos términos, el núcleo teórico de las tesis realistas se centraría, para Leiter, en una tesis descriptiva que se refiere a la teoría de la decisión judicial: la decisión del juez es fundamentalmente una respuesta al estímulo de los hechos. De este modo, poner el acento en la que, según Leiter, constituye la cuestión teórica de fondo de la *jurisprudence* realista, implica, en primer lugar, la tesis de la indeterminación explicativa o causal de la norma que explica la decisión (entendiéndose por norma el campo en el que pueden identificarse las razones jurídicas formales del razonamiento del juez –en las fuentes de los *statutes*, del precedente a partir del cual construye sus inferencias). Y, en segundo lugar, implica también la centralidad funcional, en términos normativos, del esquema causal ofrecido por el lenguaje del behaviorismo, como teoría psicológica que se centra en el comportamiento humano como hecho objetivamente describible en términos de reacción a los estímulos que provienen del entorno²³.

²² Underhill Moore es, entre los realistas, aquel que rechaza con mayor convicción las demandas del behaviorismo psicológico en conjunción con un enfoque económico de tipo institucionalista (U. MOORE, "Rational Basis of Legal Institutions", *Columbia Law Review*, vol. 23, núm 7, 1923, pp. 609-61; y cfr. U. MOORE y Th. HOPE, "An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking", *The Yale Law Journal*, núm 38, 1929, pp. 703-719). Para un debate sobre Moore, cuidadoso con ambos perfiles, cfr. L. FULLER, "American Legal Realism", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 82, núm 5, 1934, pp. 429-462; y cfr. otrosí, F. S. C. NORTHROP, "Underhill Moore's Legal Science: Its Nature and Significance", *The Yale Law Journal*, vol. 59, núm 2, 1950, pp. 196-213.

²³ Sobre esta cuestión, no sería insignificante la tendencia de los realistas a recuperar los modelos decisorios generalizables de la decisión, sobre todo en el campo del derecho de los particulares y, en concreto, derecho comercial, omitiendo en cambio el campo del derecho constitucional (compartiendo un particular enfoque normativo respecto al *rule of law*, entendido como una "concepción vinculada a una particular condición histórica, destinada a ser superada con la decadencia de la economía del *laissez faire*" (A. GIULIANI, "Dal positivismo 'benthamiano' al realismo giuridico", en F. ROSSI-LANDI (coord.), *Il pensiero americano con-*

El behaviorismo es la teoría psicológica en auge a principios de siglo en Estados Unidos. Sin embargo, debe señalarse que si, evidentemente, la relación entre behaviorismo psicológico y teoría jurídica realista no se basa en los hechos (porque los estudiosos del movimiento se refieren explícitamente a Watson y a otros exponentes del conductismo solo en algunos casos²⁴, mientras que está más difundida una postura de desconfianza, caracterizada por la necesidad de tomar distancias²⁵), supone un planteamiento reduccionista entender su influencia sobre los movimientos intelectuales estadounidenses de aquellos años, y concretamente sobre el realismo jurídico, limitándola a la versión del mecanicismo watsoniano.

El debate de la relación entre behaviorismo psicológico y *jurisprudence* realista, al que Leiter ha vuelto recientemente, marca, como se ha dicho, un periodo intenso desde el principio debido a las críticas que se han dirigido al movimiento. Como subraya Laura Kalmann, estas lecturas tropiezan con un hecho difícilmente cuestionable: los realistas nunca se sintieron tan atraídos por el behaviorismo, a pesar de los estudios en los que más claramente se inspiraron, como en el caso de la investigación dirigida en Yale por Underhill Moore y Charles Callahan, centrada en la capacidad de respuesta del comportamiento individual al cambio de la norma jurídica, según el esquema de la relación entre *cues* y *drives*²⁶. A pesar de esto, es innegable que las referen-

temporaneo, Edizioni di Comunità, Roma, 1958, p. 153). Sobre el campo del derecho de los particulares, como área privilegiada de los análisis realistas, análogamente, Brian Leiter: "The Realists tend to draw their best examples of the Core Claim from the realm of commercial law (rather, say, than constitutional law—a point of some significance, to which I return later). Typically, the Realists argue that what judges decide on the facts in such cases falls into one of two patterns; either (1) judges enforce the norms of the prevailing commercial culture; or (2) they try to reach the decision that is socio-economically best under the circumstances". (B. LEITER, *Naturalized Jurisprudence*, cit., p. 26).

²⁴ Entre los primeros en asumir el behaviorismo psicológico en términos explícitos en el campo de la ciencia del derecho, además del ya citado Underhill Moore (cfr. *supra*, nota 22), se encuentra Herman Oliphant ("A Return to Stare Decisis", *American Bar Association Journal*, vol. 14, núm 2, 1928, pp. 71-76).

²⁵ Sobre la posición de Frank en relación con el behaviorismo psicológico, cfr. J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Transaction Publishers, New Brunswick-London, 2009, pp. 173 y ss.; y cfr., Id., "Are Judges Human? Part Two: As Through a Class Darkly", *University of Pennsylvania Law Review*, núm 80, 1931, p. 243. Por lo que respecta a Llewellyn, la afirmación de una distancia explícita respecto a esta teoría psicológica se lee marcadamente en K. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little, Brown & Co., Boston, 1960, p. 204.

²⁶ U. MOORE y Ch. CALLAHAN, "Law and Learning Theory: A Study in Legal Control", *The Yale Law Journal*, vol. 53, núm 1, 1943, pp. 1-136. Para un debate del trabajo de

cias implícitas al behaviorismo psicológico, que lleva al lenguaje de aquellos años a un nivel retórico²⁷, son muchas y muy variadas, dejando entender en cualquier caso que la objetividad del comportamiento observable estaba en condiciones de ofrecer un contenido a la propia definición técnica del atributo 'realista' del programa de la *jurisprudence* del movimiento²⁸. El mandato epistemológico que se confiaba al enfoque psicológico, y particularmente al conductismo, está bien resumido por Edward Robinson que, en uno de los intentos más explícitos de fundar en aquellos años con su ayuda el ideal de una *jurisprudence* naturalista, intenta explicar la labor en estos términos:

*"The importance of the rapid rise of psychology in recent years (...) is that it supplies a background for a natural science of society which has hitherto been lacking"*²⁹.

Se trata de un método que claramente se señala como un rasgo característico de las contribuciones de autores como Herman Oliphant y Underhill Moore, y que parece ofrecer sus perspectivas más interesantes en conjunción con un enfoque de tipo institucionalista que estudia los modelos de comportamiento adoptados en el interior de las praxis económicas³⁰.

Moore y Callahan, cfr. H. E. YNTEMA, "'Law and Learning Theory' through the Looking Glass of Legal Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 53, núm 2, 1944, pp. 338-347; y cfr. C. L. HULL, "Moore and Callahan's 'Law and Learning Theory': A Psychologist's Impressions", *The Yale Law Journal*, vol. 53, núm 2, 1944, pp. 330-337. Sobre Moore, en términos generales, cfr. J. H. SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, cit., pp. 115 y ss.

²⁷ En 1928, en el discurso que pronunció en la America Bar Association, Herman Oliphant recomendaba a sus propios colegas que tomaran en consideración un enfoque de clara impronta behaviorista, pidiéndoles que observaran "A study with more stress on their nonvocal behavior - i. e., what the judges actually do when stimulated by the facts of the case before them - is the approach indispensable to scientifically exploiting the wealth of material in the cases". (H. OLIPHANT, "A Return to stare decisis", *American Law School Review*, vol. 6, núm 5, 1928, p. 229).

²⁸ Particularmente claro se muestra esta cuestión en la postura de Edward Patterson, que figura en la lista de los realistas elaborada por Llewellyn en 1931 y es quizás, entre estos estudiosos, el que se sitúa más cerca de la postura del pragmatismo de Dewey: "the legal realists sought reality in human behavior, in judicial and other official conduct, in concrete operation rather than in essences" (E. PATTERSON, *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law* [1940], The Foundation Press, Brooklin, 1953, p. 539).

²⁹ E. S. ROBINSON, *Law and the Lawyers*, The MacMillan Co., New York, 1935, p. 49.

³⁰ La conciencia es la de quien se aventura en un campo de experimentalismo radical: "This study lies within the province of jurisprudence. It also lies within the field of behavioristic psychology. It places the province within the field" (U. MOORE y Ch. CALLAHAN, "Law and Learning Theory: A Study in Legal Control", cit., p. 1).

En términos generales, a pesar del hecho de que la tendencia a representar un papel decisivo de la psicología behaviorista en la labor de renovación metodológica de la jurisprudencia haya sido probablemente una de las primeras manifestaciones del clima que prepara las condiciones necesarias para indicar el carácter empírico de la ciencia del derecho propugnado por el movimiento³¹, la influencia de esta teoría psicológica sigue siendo sustancialmente marginal en el ámbito del realismo, constituyendo más la manifestación de una *koiné* lingüística común que una influencia real. Más allá de todo lo observado, en los ataques que las escuelas iusnaturalistas plantearon al movimiento a lo largo de los años cuarenta³², como también en las cuestiones que repetidamente marcaron su recepción en el siglo XX, el behaviorismo realista ha constituido a menudo un argumento funcional para relanzar el programa de una ciencia jurídica empírica. Sobre todo, el *New Legal Realism* (NLR) es el que defiende este programa y se postula como un movimiento que pretende “bring together legal theory and empirical research to build a stronger foundation for understanding law and formulating legal policy”³³.

El programa del movimiento, por el que se ha acogido un primer y amplio debate en las páginas de la *Winsconsin Law Review* de 2005, se ve claramente animado por una idea de fondo: retomar el camino que los ‘viejos’ realistas habían intuido, y solo en parte recorrido, afirmando la centralidad de la investigación empírica para la teoría del derecho, y particularmente para el estudio de los factores que mueven la decisión del juez y la actividad de los funcionarios. Junto a las investigaciones dirigidas por el Tribunal Supremo, para el NLR es sobre todo el ámbito de las jurisdicciones inferiores, y especialmente el de los tribunales estatales, el que proporciona los mayores elementos de interés, porque es idóneo para representar un “natural

³¹ G. H. T. MALAN, *The Behavioristic Basis of the Science of Law*, American Bar Association Journal, vol. 8, núm 12, 1922, pp. 737-741.

³² Particularmente directo es el ataque que vendrá del iusnaturalista Francis E. Lucey, según el cual “Realism by taking God, soul, mind, will, innate dignity, and innate de jure independence away from man, makes man the pawn of might, and breaks the neck of democracy. Godless Behaviorism and Pragmatism are the head hunters, with Democracy and popular sovereignty the victims”. (F. E. LUCEY, “Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contributions to a Theory of Law in a Democratic Society”, *Georgia Law Journal*, vol. 30, núm 6, 1942, p. 526). Se encuentran referencias posteriores en E. A. PURCELL, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, University of Kentucky Press, Lexington, 1973, pp. 160-172.

³³ Cfr., sobre esta cuestión, H. S. ERLANGER *et al.*, “Is It Time for a New Legal Realism?”, *Winsconsin Law Review*, núm 2, 2005, p. 337.

experiment that permits plausible causal inferences about the effect of judicial characteristics on outcomes”³⁴. De la experiencia del realismo jurídico de los años treinta, el NLR recoge el *milieu* global, centrándose no solo en un análisis de tipo behaviorista sobre la personalidad del juez, entendiéndose con esto el conjunto variable de las características comportamentales que se observan en el sujeto que juzga –en lo que respecta a sus convicciones políticas, su procedencia geográfica, su carrera profesional–, sino también en una perspectiva de tipo institucionalista a efectos del juicio que se refiere, en concreto, al procedimiento a través del cual la decisión madura en el seno de las diversas influencias y decisiones que surgen en la sede colegial³⁵. Sobre todo, a la luz de la interpretación que movimientos como el NLR ofrecen del realismo norteamericano de los años treinta, el behaviorismo se convierte en el argumento al que confiar la principal herencia, que sería expresada en buena parte por una concepción de la ciencia jurídica como ciencia empírica.

3. REGULARIDAD SOCIAL Y NORMATIVIDAD JURÍDICA. EL PRAGMATISMO INSTRUMENTALISTA DE DEWEY ENTRE LA FILOSOFÍA SOCIAL Y LA LÓGICA JURÍDICA

A pesar de la utilización común que esta teoría psicológica hace del lenguaje, a través de la mediación del pragmatismo de John Dewey, el realismo hace suyo el behaviorismo, como perspectiva que integra la teoría del

³⁴ Th. J. MILES y C. R. SUNSTEIN, “The New Legal Realism”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 75, núm 2, 2008, p. 835.

³⁵ El problema de la personalidad del juez se ha planteado muy a menudo con referencia al tema de la ideología, concretamente de la ideología política, respecto al ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Supremo. Pero no han faltado otro tipo de enfoques que han investigado otros factores capaces de construir inferencias respecto a las sentencias (la procedencia demográfica, la pertenencia a determinadas etnias o el género han sido algunos de los campos privilegiados; sobre todo en el caso de los delitos sexuales, se ha puesto de manifiesto un “gender effect”, que demostraría cómo la pertenencia a un determinado género del sujeto que juzga ejerce una influencia considerable sobre la sentencia). Ch. BOYD, L. EPSTEIN y A. D. MARTIN, “Untangling the Causal Effects of Sex on Judging”, *American Journal of Political Science*, vol. 54, núm 2, 2010, pp. 389-411. Es diferente la postura que hace referencia a la interpretación del papel que el precedente ejerce sobre la decisión, objeto concretamente de la investigación de Frank B. Cross que, al analizar las detenciones en el distrito de los Tribunales de Apelación estadounidenses, concluye en el sentido de un papel prevalente desempeñado desde el principio del *stare decisis*, sobre todo según una postura estratégica dirigida a garantizar la estabilidad de las propias decisiones. F.B. CROSS, “Decision making in the U. S. Circuit Courts of Appeals”, *California Law Review*, vol. 91, núm 6, 2003, pp. 1457-1516.

conocimiento y la difundida tendencia de la filosofía social de principios de siglo. No solo porque se opone a corrientes comunes de pensamiento, sino también por la influencia del funcionalismo y el institucionalismo³⁶, el pragmatismo de Dewey mantiene una relación ambigua con el behaviorismo³⁷, acariciando algunas de las aseveraciones de fondo; entre estas, la atención a la realidad como *proceso* y la firme negación del concepto (ontológico y psicológico) de conciencia y de contenidos mentales.

Dewey, que nunca se adhiere de manera explícita al esquema de la relación de causalidad entre impulsos y comportamientos que constituía la ley fundamental de la explicación a la cual apelaba el behaviorismo en psicología, confía en la regularidad de la acción humana, dada por las costumbres y la disposición reflexiva desarrollada en las prácticas de comportamiento³⁸. Además, no niega que la regularidad y su observación por parte de los agentes sociales pudieran dar origen a una reacción acorde, en la que el estímulo y la respuesta estuvieran conectadas mecánicamente en una cadena ininterrumpida³⁹. Estos aspectos de la teoría política y social de Dewey⁴⁰ están íntimamente conectados con una premisa relacionada con una teoría del conocimiento que absorbe algunas de las tesis behavioristas, sin situarse en absoluto en el marco de su ortodoxia. El realismo mira con interés este modelo epistemológico⁴¹, no solo por la noción de experiencia sobre la que se

³⁶ Sobre el último Dewey y la "consolidación de la lógica instrumentalista", cfr. R. M. CALCATERRA, *Idee concrete. Percorsi nella filosofia di John Dewey*, Marietti, Genova, 2003, pp. 52 y ss.

³⁷ En el campo de la recepción italiana, señalando el carácter behaviorista, cfr. G. PRETI, "La ricostruzione filosofica della società nel pensiero di Dewey", *Studi Filosofici*, vol. X, núm 1, 1949, pp. 37-74.

³⁸ J. DEWEY, *Human Nature and Conduct. An Introduction to Social Psychology*, Henry Holt and Co., New York, 1922, pp. 75 y ss.

³⁹ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁰ Sobre los aspectos iusfilosóficos del pensamiento de John Dewey, cfr. C. FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, CLUEB, Bologna, 1990; y cfr., para una lectura del pensamiento político de Dewey, Th. CASADEI, "Aspetti della Dewey Reinassance: radicalismo social(democratico) e pluralismo dialogico", *Teoria politica*, vol. 1, 2000, pp. 143-159.

⁴¹ Con respecto al modelo epistemológico que surge del pragmatismo instrumentalista de Dewey, es aceptable todo lo señalado por Calcaterra, a propósito de las tradiciones de lecturas que, a partir de Rorty, han entendido la epistemología de Dewey según el modelo de un "naturalismo humanista" que, sustancialmente, ha traducido el pragmatismo norteamericano en hermenéutica. En este sentido, no sería aceptable mantener que, en Dewey, la afirmación de una "postura filosófica post-moderna por la que la única realidad a tener en cuenta sería

funda –todo conocimiento nunca es descriptivismo puro, sino que siempre es una forma de interacción (una “transacción”) entre el sujeto consciente y la realidad y, como tal, implica al mismo tiempo elementos subjetivos y objetivos, pero también un comportamiento tanto cognitivo como valorativo⁴²–, sino también y sobre todo por las aplicaciones que, en 1924, Dewey discute con relación a la lógica jurídica⁴³.

En la primera parte del siglo XX, el enfoque de la lógica jurídica se entiende, por lo general, en conexión con los problemas del razonamiento jurídico y de la decisión judicial. Las corrientes que en el pensamiento estadounidense consideran la teoría del juicio como parte fundamental de la experiencia jurídica son todas de inspiración pragmática, y tienen en Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo los principales exponentes en el ámbito de la teoría del derecho⁴⁴. Sin embargo, sobre todo en lo que respecta a las contribuciones de John Dewey en cuestión de *jurisprudence*, sería reduccionista limitar su influencia sobre los juristas que le fueron contemporáneos, y particularmente sobre los realistas, a un ámbito “formalmente reservado como objeto del conocimiento jurídico: (...) el hecho procesal”.

Sobre la cuestión que se ha puesto de manifiesto, como señalaba Giovanni Tarello refiriéndose a la constante “referencia a los aspectos extra-procesales del derecho” que surge en *Logical Method and the Law*, es difícil no ver una representación evidente de buena parte del núcleo de las tesis realistas que se impondrían años después. La construcción de la premisa mayor por parte del intérprete, en la que se incorpora “una forma determinada de ver e interpretar los hechos”, así como la teorización de la motivación, en función de un valor simbólico de la exigencia de la certeza que sigue siendo

aquella de nuestras prácticas discursivas”, porque “el experimentalismo deweyano no permite derivar simplemente la validez y la fecundidad de los resultados de una investigación del *style of reasoning*”. Véase R. M. CALCATERRA, *Idee concrete*, cit., p. 108. Sobre la interpretación de Richard Rorty sobre Dewey, cfr. R. RORTY, “Overcoming the Tradition: Heidegger and Dewey”, *The Review of Metaphysics*, vol. 30, núm 2, 1976, pp. 280-305.

⁴² Sobre esta cuestión, a propósito de la transacción como “auténtica descripción del proceso cognoscitivo”, cfr. A. F. BENTLEY y J. DEWEY, *Knowing and The Known* (1949) [trad. it.: *Conoscenza e transazione*, La Nuova Italia, Firenze, 1974, p. 164].

⁴³ J. DEWEY, “Logical Method and The Law”, *Philosophical Review*, vol. 33, núm 6, 1924, pp. 560-572 [trad. it.: “Metodo logico e diritto”, en S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (coords.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: Antologia di scritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 35-48].

⁴⁴ Sobre esto, cfr. G. BOGNETTI, “Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del XX secolo”, *Studi Urbinati*, 1956-1957, pp. 51-138.

en cualquier caso la única condición a la que se le permite la posibilidad de formular juicios de previsión social, constituyen en Dewey el presupuesto para una consideración no aislacionista de la jurisprudencia: una función que vive dentro de una constante interacción entre los objetivos que se persiguen en un juicio, en la forma “de las reglas generales de interpretación de los casos” y las exigencias que surgen a nivel de las instituciones políticas, sociales y económicas⁴⁵.

La contribución que el pragmatismo jurídico de Dewey ofrece a la exigencia ampliamente crítica en la que se mueve el pensamiento reformista y anti-formalista de principios de siglo en Estados Unidos es la premisa filosófica que necesita el realismo para interpretar la labor de la propia *jurisprudence*, en una dirección que intenta revelar los límites del *case-method*. Falacias que, por un lado, se atribuían a la tendencia a aplicar “con mayor coherencia del positivismo continental los postulados del método positivo, considerando la decisión del juez como un hecho idéntico a la de la experiencia física”. Y que, por otro lado, se habían revelado en la incapacidad para deducir, por un exceso de conceptualismo, “los principios capaces de adaptarse a situaciones nuevas”⁴⁶. La necesidad de enmendar esta cerrazón, significaba, en estos términos, subrayar la función adaptativa de la jurisprudencia, haciendo hincapié en el hecho comportamental que pusiera en relación derecho y experiencia. Tarello capta bien este aspecto que se acaba de señalar, al analizar un pasaje esencial y difícil de *Logical Method and the Law* de Dewey, que se refiere exactamente a la afirmación de una autonomía que la “formalización”, o “postulado” formal (la ley), obtiene *en función* de la generalización que esta formaliza de la regularidad social e histórica, entendida como el producto de dos condiciones: la repetición y el resultado⁴⁷.

Las premisas de la filosofía social que se leen en las contribuciones que Dewey dedica a la lógica jurídica contienen indicaciones respecto a la relación funcional que se instaura entre el *proceso de formalización de la norma* y la *dinámica social*. Respecto al pragmatismo instrumentalista, la pretensión iusrealista de leer “la realidad en el comportamiento humano”⁴⁸ transfiere al plano epistemológico el objeto de la interrogación teórica, radicalizando las

⁴⁵ G. TARELLO, “Norma e giuridificazione nella Logica di Dewey”, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, vol. 37, núm 2, 1960, p. 281.

⁴⁶ A. GIULIANI, “Dal positivismo ‘benthamiano’ al realismo giuridico”, cit., p. 140.

⁴⁷ G. TARELLO, “Norma e giuridificazione nella Logica di Dewey”, cit., p. 289.

⁴⁸ Sobre esta cuestión, cfr. E. PATTERSON, cit. (*supra*, nota 28).

premisas que hacen referencia a la regularidad social en Dewey, pero conectando también con la *jurisprudence* analítica de Austin y Bentham⁴⁹. Si, como en el caso de Llewellyn, esto supone definir un paso de las “reglas sobre el papel” (“paper rules”) a las reglas *reales* o *concretas* (“real rules” o “working rules”), que son aquellas prescriptivas e interiorizadas por jueces y funcionarios y que, genéticamente, surgen de un área de contacto (“area of contact”) de tipo comportamental entre estos y el individuo común (“layman”)⁵⁰, en otros casos es la psicología, más directamente, la que garantiza el acceso a una exigencia de observación que permite formular inferencias que se refieren al contexto social, con la constitución de las regularidades que dan forma a las praxis.

4. KARL LLEWELLYN Y EL PROBLEMA DE LA CERTEZA: LAS CONTRIBUCIONES DE LON FULLER Y FREDERICK SCHAUER

La posición del realismo jurídico norteamericano, a partir de 1930, respecto al pensamiento reformista de principios de siglo es objeto de diversas interpretaciones en la literatura: de interpretaciones que subrayan el hecho de la continuidad respecto a esta fase⁵¹ –mantienen los elementos característicos, es decir, proponen abandonar la denominación misma de ‘realismo’, que subraya discontinuidades teóricas más imaginadas que reales–⁵², a interpretaciones que, en cambio, marcan los elementos característicos, indicados sobre todo en el carácter del naturalismo epistemológico⁵³. Esta última interpretación tiene su primera representación autorizada en la figura de Roscoe Pound. Cuestionado por Llewellyn en 1930, Pound confiaba una parte esencial de su propia intervención a la interpretación del mandato *realista* que parecía formular el movimiento, entendiéndolo como “fidelity to nature, accurate recording of things as they are, as contrasted with things as they are imagined to be, or wished to be”⁵⁴. Según Pound, el enfoque psicológico, en nombre de esa fidelidad a la naturaleza que privilegia la perspectiva descriptiva sobre la normativa, permite a los exponentes del *nuevo* realismo jurídico

⁴⁹ A. GIULIANI, “Dal positivismo ‘benthamiano’ al realismo giuridico”, cit.

⁵⁰ K. LLEWELLYN, “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, cit., pp. 442-443.

⁵¹ Sobre esta literatura, cfr. *supra*, nota 16.

⁵² R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, cit.

⁵³ Sobre este punto, cfr. E. A. PURCELL Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, cit.

⁵⁴ R. POUND, “The Call for a Realist Jurisprudence”, cit., p. 697.

acercarse al cientificismo de finales del siglo XIX, traducándose, desde el nacimiento de la sociología, en una versión actualizada y articulada de una postura metodológica y teórica, que no es en absoluto nueva, en el ámbito de la ciencia del derecho⁵⁵: “a dogmatic rejection of dogmas (...) as dogmatic acceptance of them”⁵⁶. La cuestión, en estos términos, no estaría en el *significado* que puede pasar a la teoría del derecho desde las teorías psicológicas, sino en la indicación en ellas de un elemento descriptivo en el que la teoría del derecho queda sustancialmente absorbida: en contra de una posición de subordinación a la psicología, entendida como una forma de positivismo que interviene para atribuir cientificidad a la teoría del derecho⁵⁷. Para Pound, en este nivel, reconocer (como hacen los realistas) que existen varias aproximaciones a la verdad jurídica (*juristic truth*), y que cada una de ellas puede demostrar alguna utilidad respecto a los problemas particulares que son planteados por el orden jurídico, no significa entenderlas como una base necesaria para la fundación sobre bases psicológicas o filosóficas de la teoría del derecho, sino valorarlas como elementos que se pueden seleccionar en función de la ayuda que pueden prestar a la positivización de la norma jurídica y a la labor de la doctrina⁵⁸.

En una de las lecturas más minuciosas de aquellos años, la de Lon Fuller, surgía la necesidad de considerar sobre todo, en el movimiento del realismo jurídico, el clima que había imbuido a las ciencias sociales desde principios de siglo:

⁵⁵ Pensando evidentemente en el nacimiento de la sociología, bajo la égida del positivismo filosófico, en Auguste Comte. R. POUND, “The Call for a Realist Jurisprudence”, cit., p. 705.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ “I submit that jurisprudence can’t wait for psychologists to agree (if they are likely to), and that there is no need of waiting. We can reach a sufficient psychological basis for juristic purposes from any of the important current psychologies”. *Ibíd.*, p. 706.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 711. Entre las diversas reacciones que suscita la intervención de Pound, se encuentra también la de Max Radin, que entra en el mérito de los ataques que el maestro de la jurisprudencia sociológica había dirigido a la utilización de la psicología por parte de la *jurisprudence* realista, distanciándose, por una parte, de la escuela psicoanalista –“Most of these are, to be sure, far enough removed from any actual human conduct, and we cannot get much encourage results of the one psychological method which ex professo deals with conduct, i.e., psycho-analysis, whether of Freud, Jung, Alfred Adler, or any other variation of this method” (pp. 827-828)–, y subrayando del enfoque psicológico, junto a la estadística y las matemáticas, el más necesario entre todos, “to secure realistic results” (p. 827). Cfr. M. RADIN, “Legal Realism”, *Columbia Law Review*, vol. 31, núm 5, 1931, pp. 824-828.

*“Legal realism has a close affinity with the various “descriptive” and “institutional” methods applied by American scholars during the past decade in economics, sociology and political science. In common with all these movements it has in recent years derived much from that philosophy of life known as behavioristic psychology”*⁵⁹.

Fuller entendía la ciencia psicológica, en su versión behaviorista, no solo como un método que denotaba la particular vocación empírica de la ciencia jurídica realista. Se refería más bien, en términos normativos, a la cuestión de los objetivos del derecho en relación con el orden de las regularidades de las que es portadora la sociedad. En estos términos, para los realistas:

*“Law and the law official are not therefore in any real sense what makes order in society. For them society is given and order is given because society is given... The law then, the interference of officials in disputes, appears as the means of dealing with disputes which do not otherwise get settled. Not as making order, but as maintaining order when it has gotten out of order... By and large the basic order of our society, and for that matter in any society, is not produced by law... Law plays only upon the fringes”*⁶⁰.

La idea misma de un orden autoproducido por la sociedad (como regularidad de los comportamientos) y no producido por el derecho, restituye por completo, más incluso que el núcleo del behaviorismo psicológico de Watson, el sentido del pragmatismo funcionalista que James y sobre todo Dewey habían impuesto al debate filosófico de principios de siglo. En estos términos, si la retórica del behaviorismo de Watson es lo que impregna sin duda el lenguaje realista –mientras siguen siendo minoritarios, cuando no obstaculizados o ridiculizados, los intentos más explícitos por aplicar el esquema de la relación entre impulsos (*drives*) y estímulos (*cues*) a un estudio jurídico empírico–, es diferente la consideración que merece la cuestión de la relación entre regularidad social y normatividad jurídica destacada por Fuller, como cuestión relativa a la transposición de la exigencia positivista de la certeza al plano de la objetividad del hecho social⁶¹.

⁵⁹ L. FULLER, *American Legal Realism*, cit., p. 429.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 450.

⁶¹ Se trata de un aspecto que, en realidad, ya había sido puesto de manifiesto por Jerome Frank. Este autor expresaba un punto de vista que, considerando la distinción entre “papers rules” y “real rules” en Karl Llewellyn, señalaba cómo la cuestión comportaba una postura de descubrimiento de las regularidades sociales. Por este motivo, la aportación de la psicología, y particularmente del behaviorismo, se mostraba de alguna forma como un ele-

Como ya quedaba claro para Fuller, el realismo confiaba la parte central de su pretensión teórica a la reducción de la ciencia jurídica a ciencia social que no se limitaba a desplazar el foco de la epistemología jurídica sobre un mandato descriptivo relativo a los hechos, sino que planteaba incluso una teoría normativa (y por lo tanto valorativa) respecto a la definición de los objetivos del derecho y de las normas jurídicas que debían considerarse correctas.

Se trata de aspectos sobre los que Frederick Schauer ha llamado recientemente la atención, aunque desde una óptica en parte diferente, sobre todo en lo que respecta a las conclusiones que deben extraerse. Schauer se ha centrado en la necesidad de comprender la contribución, renunciando a seguir ofreciendo una versión domesticada (“tamed”) que no plantearía los verdaderos interrogantes. Como en el caso de Leiter, se trata de enfrentarse a una tradición de lecturas que habrían determinado la marginación del iusrealismo en la *jurisprudence* anglo-norteamericana, particularmente a raíz de la interpretación de Hart. De manera distinta a cómo lo plantea Leiter, Schauer señala que habría un rasgo común sobre el que, inconscientemente, concuerdan Hart y los realistas, y es el que respecta a la consideración de un dominio en que la certeza pueda actuar, de hecho, en la vida del derecho.

Si en Hart este aspecto corresponde al punto de vista interno –aquel que implica, a nivel teórico, ocuparse de las normas considerando la posición del “miembro del grupo que las acepta y las utiliza como directrices de conducta”⁶² (punto de vista que el escepticismo sobre las normas no considera)–, esta certeza actúa de manera evidente en la perspectiva realista, especialmente de Llewellyn, a través del filtro del lenguaje del behaviorismo, en el plano de la definición de las “real rules”, es decir, de aquellas normas interiorizadas y prescriptivas que guían la conducta del juez y de los funcionarios en la solución de un problema jurídico: reglas que no surgirían si no en la adopción de una perspectiva de observación comportamental⁶³. En estos términos, el realismo –en su versión más incómoda y poco reconfortante (“untamed”)– para Schauer:

mento asumido de manera implícita: “This weakness will also infect any substitute precedent system, based on ‘real rules’ which the rule skeptics may discover, by way of anthropology... or psychology, or statistics, or studies of the political, economical, and social backgrounds of judges or otherwise”. Véase J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., p. xxii.

⁶² H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 106.

⁶³ K. LLEWELLYN, “Some Realism about Realism”, cit., p. 444.

“by stressing the distinction between paper and real rules, accepts that easy cases differ from hard ones, and that mostly hard cases wind up in court, but challenges the traditional understanding of what makes an easy case easy and consequently unlitigated”⁶⁴.

VALERIA MARZOCCO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II
Via Porta di Massa, 32
80133, Napoli, Italia
e-mail: valeria.marzocco@unina.it

⁶⁴ F. SCHAUER, “Legal Realism Untamed”, cit., p. 768.