

Algunos aspectos de la sociología jurídica de Karl Nickerson Llewellyn: bases epistemológicas, concepción sociológica del derecho y teoría sociológica de las normas jurídicas*

Félix Francisco Sánchez Díaz**

Resumen: Karl Nickerson Llewellyn es uno de los insígenes representantes de la filosofía jurídica, el presente artículo busca validar su pensamiento y evidenciar su aplicación en las teorías jurídicas modernas, resaltando su teoría sociológica del Derecho.

Palabras claves: sociología, derecho, teoría, epistemología, doctrina, argumentación.

Summary: Karl Nickerson Llewellyn is one of the insigens representative of legal philosophy, this article seeks to validate their thinking and demonstrate its application in modern legal theories, emphasizing the sociological theory of law.

Keywords: sociology, law, theory, epistemology, doctrine, arguing

1. La figura de Karl Nickerson Llewellyn¹

La de Karl Nickerson Llewellyn es una de las figuras señeras de la filosofía jurídica norteamericana del siglo XX. Destacado miembro de la corriente realista norteamericana, combinó su dedicación a la teoría jurídica con el estudio y la docencia del Derecho Mercantil, y con un importante

activismo legislativo, cuya culminación fue su actuación como impulsor y director del monumental proyecto de elaboración del primer Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos. Como teórico y sociólogo del Derecho, Llewellyn fue un continuador de la línea de pensamiento jurídico antiformalista inaugurada en los Estados Unidos por Oliver Wendell Holmes y continuada por Roscoe Pound², y al mismo tiempo un

* El contenido de esta ponencia se apoya en los resultados de la investigación realizada por el autor entre 1992 y 1997, bajo la dirección y magisterio del doctor Gregorio Robles Morchón. Dichos resultados quedaron plasmados en la tesis doctoral que, con idéntico título, fue defendida en la Universidad de la Coruña el 22 de julio de 1998 ante un tribunal presidido por el doctor José María Rodríguez Paniagua, e integrado, además de por éste, por los doctores Alberto Montoso Ballesteros, Ignacio Sánchez – Cámara, Jorge Pérez de Tudela y Velasco y Pedro Serna Bermúdez. Lo esencial de dicho trabajo ha sido publicado con el título *Decisión Judicial y Ciencia Jurídica – La propuesta de Karl N. Llewellyn* (2002).

** Doctor en Derecho, Profesor de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en el período 1990 -1997, actualmente ejerce responsabilidades como funcionario en la Consejería de Presidencia del Gobierno regional de Canarias (España). Miembro del Seminario de Filosofía del Derecho fundado por el Profesor Gregorio Robles Morchón y colaborador del mismo en el desarrollo de una Teoría Comunicacional del Derecho.

¹ Puede leerse un breve apunte biográfico sobre Llewellyn en Sánchez (2002, pp. 13-64). Una biografía intelectual completa es la escrita por Twining (1985).

² Para tener una panorámica sobre lo que representó el antiformalismo jurídico, puede consultarse, entre otras obras, las de Ackerman (1988), Bognetti (1958), Casper (1967), Coing (1952), Duxbury (1995), Fisher (1993), Gilmore (1977), Giuliani (1956), Kalman (1986), Rumble (1968), Schlegel (1995), Tarello (1961), Twining (1985).

Recibido: mayo 30 de 2011. Aprobado: julio 14 de 2011.

155

pensador dotado de personalidad propia. Llewellyn utilizó el pensamiento jurídico antiformalista (caracterizado por una profunda desconfianza ante las palabras y el lenguaje) para afirmar y defender la vigencia de la tradición del common law en un Ordenamiento como el de los Estados Unidos, profundamente afectado por el auge de la legislación y por la cada vez mayor influencia del poder ejecutivo, que estaba desplazando a una posición más marginal a los hasta entonces preponderantes tribunales de justicia.

El punto de vista de Llewellyn como teórico del Derecho fue el resultado de una lenta pero constante concreción de su pensamiento, que comenzó a producirse aproximadamente en 1925 y que se plasmó por escrito en 1930, momento en que pretendió desmarcarse de las posiciones de la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound. Sus artículos "A Realistic Jurisprudence –The Next Step" (1930) y especialmente "Some Realism About Realism– Responding to Dean Pound" (1931), aparecidos ambos en la Columbia Law Review, supusieron el intento por parte de Llewellyn de colocarse a la cabeza del movimiento realista, y de dar proyección a sus propios puntos de vista, como estrella emergente en un firmamento que, en aquel momento, estaba poblado por numerosas mentes brillantes, todas bañadas por la superior influencia de Pound. En estos artículos, Llewellyn intentó construir las bases de un programa común para el Realismo Jurídico Americano, proponiendo una teoría de la ciencia jurídica que todos los "realistas" pudieran aceptar, y que se resumía en sus célebres 9 puntos de partida comunes (Sánchez, 2002, pp. 52-63).

Una exposición resumida del pensamiento jurídico esencial de Llewellyn debe, en mi opinión, centrarse en tres grupos de temas principales: en primer lugar, debe tratar de esclarecer la epistemología implícita en

la aproximación al estudio del Derecho que él propuso; en segundo lugar, debe abordar los lineamientos principales de su sociología general del Derecho; y en tercer lugar, debe presentar sus tesis principales sobre la decisión judicial, tema éste que constituyó el leit motiv de su obra y de su estudio a lo largo de casi cuarenta años. Aquí, sin embargo, por limitaciones de espacio, nos ceñiremos a la presentación de su sociología jurídica, con su base epistemológica y su concepción sociológica del derecho como puntos centrales, y de su concepción, también sociológica, de las normas y los conceptos jurídicos. En este sentido, Llewellyn puede ser considerado como uno de los impulsores destacados de la sociología del derecho en el siglo XX. Sus estudios sociológico – jurídicos se desarrollaron en dos direcciones:

- a) El problema general de las relaciones Derecho–sociedad
- b) Los problemas concretos de los juristas en su actuar como prácticos del Derecho:
 - i) La decisión judicial (especialmente en apelación);
 - ii) Las profesiones jurídicas.

2. La epistemología implícita en el pensamiento jurídico de Llewellyn

2.1.El modelo de ciencia jurídica defendido por Llewellyn

Aunque Llewellyn no elaboró de forma expresa una teoría de la ciencia jurídica, puede afirmarse sin embargo que asumió una posición en este terreno, subyacente a todas sus investigaciones y reflexiones sobre el Derecho. Dicha posición se inspiró fundamentalmente en la lectura del filósofo pragmatista americano John Dewey. Sin embargo, como también tendremos ocasión de comprobar, Llewellyn no vaciló en apartarse de las ideas de su inspirador allí donde

creyó que no resultaban útiles al desarrollo del modelo de ciencia jurídica que él creyó debía adoptarse. En este sentido, su postura epistemológica era fundamentalmente ecléctica, característica ésta que él no consideraba como un vicio sino por el contrario como su mejor virtud.

Siguiendo a Dewey, Llewellyn efectuó un análisis genético de la ciencia jurídica, centrado en los orígenes de aquélla y en las necesidades que la hicieron nacer. A dicho análisis genético siguió: un análisis pragmático, centrado en los usos que fueron desarrollándose alrededor del saber jurídico; y un análisis funcional, destinado a evaluar la eficacia de dichos usos en el servicio a las necesidades que dieron origen al saber jurídico³.

Según Llewellyn, el derecho aparece originariamente como un arte práctica de la vida⁴, destinada a atender a la necesidad que toda sociedad experimenta de establecer modelos de conducta y de coordinación de conductas en su seno. Otras necesidades secundarias, como la de conocer el futuro del arte en cuestión, y la de encontrar formas de comunicación de los modelos de conducta diseñados y de los frutos de la experiencia, hacen que surja una "filosofía a ras de suelo" (low philosophy): un conocimiento experto, una sabiduría práctica, complementaria y enriquecedora del arte práctica a la que sirve. Pero esta "filosofía a ras de suelo" acaba indefectiblemente en manos de esa especie nefasta que son los profesores. Estos se creen en el deber de cuestionarse los fundamentos mismos del saber tradicional del que originariamente no

eran sino meros portavoces. Surge así una "filosofía de altos vuelos" (high philosophy), destinada a encontrar fines y criterios de valoración, y que topa con respuestas alternativas a las que resultan del saber tradicional que ahora se pone en cuestión (Llewellyn, 1943).

Hasta aquí, el análisis genético. A partir de ahora, Llewellyn se interna en un análisis funcional de la filosofía jurídica en tanto que saber surgido alrededor del Derecho como arte práctica de la vida. La Alta Filosofía sirve para responder a preguntas sobre ideales o metas últimas, pero no sobre la naturaleza y las funciones de los sistemas jurídicos. Sin embargo, desde la Alta Filosofía se ha intentado responder también a estas cuestiones, incurriéndose de este modo en una confusión entre los planos del Ser y del Deber Ser. Ello ha conducido a la adopción de un punto de vista a la vez normativista y conceptualista en el estudio del Derecho, que ha comportado una "ceguera" ante los hechos del Derecho que obstaculiza el camino hacia la solución de los problemas de adaptación del Derecho a la evolución de la sociedad industrial. Esta ceguera ante los hechos del derecho es debida a que se ha tomado una parte del saber jurídico, la Filosofía del Derecho, que es una mezcla de metafísica y axiología jurídicas, por todo el saber disponible acerca del Derecho. Y ello con la agravante de que esa parte que se toma por el todo es la única que produce creencias cuya verdad no es comprobable.

Según Llewellyn, la solución de este problema consiste en integrar todas las líneas

³ Los dos artículos en los que la posición epistemológica de Llewellyn queda más clara son "The Conditions for and the Aims and Methods of Legal Research" (1930) y "The Theory of -Legal 'Science'" (1941). Por lo demás, esta posición epistemológica late implícita en los artículos con los que Llewellyn abre el debate sobre el realismo, y en muchos otros artículos y manuscritos sin publicar de tema más o menos conexo. Iremos citando los más relevantes, al paso que desarrollamos este punto.

⁴ Esta concepción ya aparece en Llewellyn (1977), pero es más clara en algunos manuscritos no publicados por el autor, entre 1931 – 1940, en los cuales Llewellyn dirá sin tapujos que "la filosofía jurídica, al igual que la gobernación y la economía, es una disciplina que surge a partir de un cuerpo de artes prácticas".

de pensamiento existentes en torno al Derecho, y construir de este modo un saber jurídico que pueda hacer frente a los problemas cotidianos de la vida jurídica en un sistema jurídico particular. A este respecto, todas las líneas de pensamiento jurídico existentes sirven a determinadas necesidades de juristas y de legos. Así, toda teoría tiene un valor, que puede ser permanente, aunque limitado a las específicas necesidades a las que sirve. Cada forma de conocimiento, cada línea de pensamiento jurídico será válida en la medida en que ayude a la satisfacción de necesidades humanas comprobadas. Por consiguiente, será necesario cohesionar todas las formas de conocimiento existentes, de modo que en conjunto satisfagan el máximo posible de dichas necesidades, que en relación con el Derecho son básicamente tres: sistematicidad, adaptación a la vida social, y realización de ideales de justicia (Llewellyn, 1941-1950). A esta conclusión general, Llewellyn une dos conclusiones complementarias: una, que existen tres clases de teorías: observacionales, teleológicas y operacionales; y dos clases de creencias, según su verdad sea o no empíricamente verificable⁵.

Así pues, para Llewellyn la ciencia jurídica debe reconvertirse en una sociología jurídica, que ocupe el lugar que hasta entonces se había reservado a la dogmática del common law. Esta sociología jurídica tendría por objeto el estudio de la conducta de oficiales y legos, y de las relaciones existentes entre

una y otra, en los ámbitos de la resolución de los conflictos y de la orientación de las conductas⁶. La tarea de la ciencia jurídica sociológica sería, por tanto, descriptiva y predictiva de hechos (Llewellyn, 1931, p. 89 ss.). Pero, para poder desempeñar tal tarea, la nueva ciencia jurídica sociológica debe renovar completamente su aparato conceptual. Ello supondrá la revisión de los conceptos formulados en el seno de la doctrina jurídica tradicional, que deja de ser un metalenguaje del Derecho y se convierte en un hecho más, que hay que estudiar con la ayuda de la ciencia sociológica (Llewellyn, 1930, p. 672).

Según Llewellyn, los contenidos de esta nueva ciencia jurídica empírica serían los siguientes:

- a) La exposición ordenada del estado de la doctrina y del estado de las decisiones judiciales en un determinado momento y lugar.
- b) El estudio de técnicas de predicción (en el seno del proceso de decisión judicial).
- c) El estudio de las técnicas de control de los hombres por medio de la legislación.
- d) La respuesta a la pregunta acerca de si existen leyes científicas acerca del Derecho, y también la respuesta a la pregunta acerca de la relación entre el derecho y la sociedad en su conjunto (Llewellyn, 1931-1940).

⁵ Lección 5 (Theory of Theories, and of Truth) del curso Law in Our Society, que forma parte de los Karl Llewellyn Papers.

⁶ "Los derechos subjetivos y las reglas sustantivas deberían ser apartados de su posición actual en el punto focal de la discusión jurídica, en favor del área de contacto entre la conducta judicial (u oficial) y la conducta de los legos; [...] los derechos subjetivos y las reglas sustantivas deberían ser estudiados no como existentes por sí mismos, ni como un punto de referencia principal, sino en referencia constante a dicha área de contacto entre las conductas" (Llewellyn, 1930).

⁷ En efecto, el realismo jurídico, en la concepción de Llewellyn, no es una concepción filosófica del derecho, sino método, tecnología: Así, en *The Common Law Tradition – Deciding Appeals* (1960, pp. 509-510), el autor vuelve la mirada atrás y declara: "Lo que el realismo fue, y es, es un método, nada más, y el único principio relevante es que el método es bueno. 'Mirar sin prejuicios'. 'Mirar las cosas tal y como operan'... sólo 'mirar sin

Así pues, Llewellyn: 1) desarrolló una sociología de las instituciones jurídicas y de la decisión judicial (Robles, 1933, pp. 66 ss.); y 2) propuso una tecnología jurídica para abogados y jueces⁷ (lo que presupuso una sociología de las profesiones jurídicas) componiendo así un esbozo de una teoría de la decisión jurídica.

La sociología jurídica como ciencia empírica de la vida jurídica

a) *El significado del empirismo en el estudio del Derecho. La metodología propuesta por Llewellyn para su Sociología del Derecho.*

Llewellyn concibió la ciencia social, no como una ciencia del espíritu, sino como una ciencia de la cultura (1977, p. 21), refiriendo este último concepto al conjunto de las pautas de conducta y pensamiento características de un grupo humano, o comunes a todos los grupos humanos⁸. No obstante, el método de investigación ideado por Llewellyn, y puesto en práctica de un modo completo para *The Cheyenne Way* (1983), no fue simplemente empírico.

Lo fue, sin duda, pero previa una selección rigurosa del objeto de investigación, centrado en los conflictos de la comunidad Cheyenne. Llewellyn denominó su método de investigación *case – method*, denominación ésta que era idéntica a la que recibía el método de enseñanza del Derecho ideado por Christopher Columbus Langdell y propagado por todas las *law schools* estadounidenses. La elección del mismo se justificaba porque permitía detectar qué prácticas ostentan “autoridad”, y en consecuencia prevalecen sobre las demás⁹.

b) *El objeto de la sociología del Derecho según Llewellyn: el Trecht o “Derecho fáctico”.*

Llewellyn desarrolló un concepto sociológico – funcionalista de Derecho. Por otro lado, su antinormativismo y factualismo se plasmaron en la terminología con que se refirió al Derecho en su importantísimo pero relativamente desconocido *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft: tat Recht: Trecht* (“Derecho – hecho” o “Derecho fáctico”). Llewellyn lo define en *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft* como “el hacer y la con-

prejuicios’, ‘mirar las cosas sin adornarlas’ y ‘volver para asegurarse’ son esenciales. Son cuestiones de método. Dicho método es eterno. Este es el punto 1. Vale para todo. Este es el punto 2. Pero el método no dice nada en absoluto acerca de adónde ir. Este es el punto 3. El realismo no es una filosofía, sino una tecnología. Por esa razón es eterno. La mirada sin prejuicios siempre ofrece una nueva esperanza. La investigación sin prejuicios de los resultados siempre representa la línea de contraste necesaria”.

⁸ “Yo entiendo por civilización lo que los antropólogos llaman cultura, la construcción global de una sociedad, incluyendo las formas en que actuamos y en que estamos organizados, incluyendo nuestro equipamiento material o intelectual y nuestros modos de hacer uso de ambos” (Llewellyn, 1960, p. 107). Comp. Marvin Harris: “Cuando los antropólogos hablan de una cultura humana, normalmente se refieren al estilo de vida total, socialmente adquirido, de un grupo de personas, que incluye los modos pautados y recurrentes de pensar, sentir y actuar” (1991, p. 145, 159). Harris sigue en esto a Sir Edward Burnett Tylor, fundador de la antropología académica en habla inglesa.

⁹ En *The Cheyenne Way*, Llewellyn y Hoebel pretendieron descubrir el derecho vigente en la sociedad Cheyenne, recurriendo a un método que pensaban superaría las deficiencias de los enfoques “ideológico” y “descriptivo”, permitiendo inducir normas jurídicas a partir de la observación de prácticas. Para ello era necesario prestar atención a la norma (práctica correcta) que prevalece en caso de conflicto. Tal y como lo expresaron los propios autores, “Las normas, las ‘prácticas correctas’, la desviación de las cuales implica que alguien haga algo al respecto, son significativamente diferentes de las normas cuya inobservancia no tiene una tal consecuencia. Y el aspecto de que se haga algo al respecto, y que se haga con una perceptible propiedad, el aspecto de quién hace algo, y de qué sea ese algo –estos aspectos son suficientemente importantes en lo que una sociedad desarrollada concibe como ‘derecho’ como para proporcionar alguna esperanza de que merezca la pena observarlos con precisión en una sociedad menos desarrollada. Sin embargo, sólo se los puede observar con eficacia en los casos de desviación, de disputa, de problema” (Llewellyn y Hoebel, 1983, pp. 21 – 24).

ducta del staff jurídico del Estado, aplicados en primer lugar a los casos de conflicto, y en segundo lugar a la canalización de las conductas de los legos” (1972, pp. 48-49)¹⁰. En esta definición, el elemento central es la acción destinada al tratamiento de los conflictos sociales y a la canalización de las conductas, desarrollada por un staff especializado.

Estas funciones no las desempeña el Derecho en exclusiva. Aún así, puede decirse de ellas que son características del Derecho, por tres razones: primera, el Derecho es la única institución social que las desempeña a gran escala y en calidad de funciones principales; segunda, el Derecho es la última instancia, a la cual se recurre cuando todas las demás han fallado; y tercera, el Derecho es la única institución que se reconoce como adecuada para hablar por “Todos Nosotros” (Llewellyn, 1949 y 1930, p. 1286).

3. El Derecho, visto como institución social: prolegómeno de una ciencia jurídica sociológica y decisionista

3.1. La vida jurídica: el derecho como institución social

La presentación sociológica que Llewellyn hace del derecho como institución social responde a las cuatro preguntas esenciales de qué, quién, cómo y para qué. En efecto, nos hallamos ante un conjunto de estructuras de formas de conducta entrelazadas formando un orden social (qué), las cuales alcanzan expresión en forma de reglas gobernadas por una tradición (cómo), y que cumplen una función de integración de la sociedad (para qué). Dichas estructu-

ras de formas de conducta entrelazadas son el patrimonio peculiar de un staff, el staff jurídico (quién) (Rehbinder, 1993, p. 85-96, 155-170).

Respondiendo una vez más a su influencia pragmatista, Llewellyn presentó la institución social del derecho mediante un análisis genético – funcionalista. El orden social supone una dinámica de generación de expectativas en el grupo social, las cuales se generan en un entorno caracterizado por los impulsos divergentes de los miembros del grupo. Del enfrentamiento de unos y otros surgen demandas que a su vez pueden ser de confirmación del orden vigente (equilibradoras) o de transformación del mismo (Llewellyn, 1983, pp. 274-277).

Este es el trasfondo social de la génesis normativa, proceso que según Llewellyn puede asumir dos modalidades: la normación espontánea (drift) y la normación consciente (drive). La primera se corresponde con un proceso de generalización normativa cuantitativa de una determinada forma de conducta, y suele conformar lo que llamaríamos “sentimiento jurídico” y ser fuente de expectativas jurídicas. La normación consciente se corresponde con un proceso de generalización normativa cualitativa, y se traduce en demandas, las cuales pueden derivar en conflictos. En el Derecho, el pensamiento y la acción conscientes tienen gran influencia, dada la relación que el Derecho guarda con los conflictos y los desafíos conscientes del orden social. Ello limita la influencia de la normación difusa en el Derecho, y al mismo tiempo sirve para diferenciarlo netamente de otras instituciones sociales, como la religión (Llewellyn, 1983, pp. 277-282) y (1940, p. 1360).

¹⁰ Llewellyn agrega como aspectos colaterales del objeto de la sociología del derecho la actuación de los profesionales del derecho, la de sus clientes, y la del público en general. Asimismo, interesan a esta ciencia los usos sociales, en la medida en que influyen en la conducta de los miembros del staff jurídico (1972, p. 49).

Llewellyn caracterizó el Derecho como institución social con las siguientes cuatro notas: coacción; prevalencia de las normas jurídicas respecto a las normas de los demás órdenes sociales, en caso de conflicto entre ellas; sistematicidad, en el sentido de que las normas jurídicas conforman un sistema reconocido por la colectividad como dotado de autoridad; y oficialidad, es decir, cualidad de lo jurídico de provenir de la colectividad relevante. Estas cuatro notas componen el supra – rasgo de la autoridad, que por otro lado tiene como contrapartida el reconocimiento de la institución, cuya expresión social es la regularidad en las prácticas sociales y en las prácticas estrictamente jurídicas (1940, pp. 1363, 1364) y (Llewellyn y Hoebel, 1983, p. 284). Autoridad y regularidad son, por tanto, rasgos presentes en toda comunidad en que exista el imperio de la ley o rule of law (Llewellyn y Hoebel, 1983, pp. 287, 288).

3.2. Las funciones de la institución social del derecho. La teoría de los law – jobs¹¹

Llewellyn construyó una teoría de las funciones sociales del Derecho que no tenía pretensiones descriptivas, sino que estaba pensada para ser utilizada como esquema interpretativo del derecho en acción, como instrumento para la evaluación funcional del derecho. Dicha evaluación se efectúa

mediante la comparación entre los resultados de la acción sociológico – jurídica y las tareas cuyo desempeño se atribuye al Derecho¹².

Con la expresión law – jobs o “tareas del Derecho”, Llewellyn hace referencia a una estructura de formas de conducta especializada en contrarrestar la tendencia hacia la división presente en todo grupo social, y en liberar y coordinar energía suficiente para mantener el funcionamiento de dicho grupo. El Derecho desempeña una función de mantenimiento del carácter grupal del grupo (Llewellyn, 1949). Desde esta óptica funcionalista, existe una convergencia entre las instituciones sociales del Derecho y del Gobierno, que permite dar una explicación sociológica de fenómenos jurídicos tales como la discrecionalidad (Llewellyn, 1949, pp. 357-358, 362).

Según Llewellyn, las tareas del Derecho o law – jobs son los siguientes:

- a) La resolución de los conflictos;
- b) La orientación y reorientación preventivas de las conductas y las expectativas;
- c) La distribución de la autoridad, y la ordenación de procedimientos para la adopción de decisiones autoritarias;

¹¹ Llewellyn efectuó una cuidadosa delimitación del concepto de función en los capítulos cuarto y sexto, pero especialmente en el cuarto, de *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*. En cuanto a su “teoría de los law – jobs”, las fuentes esenciales en que hay que beber son el artículo “The Normative, the Legal, and the Law – Jobs...”, ya citado, y principalmente el capítulo 11 de *The Cheyenne Way*.

¹² En *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft*, Llewellyn se refiere al concepto de función dándole el nombre de “tarea” (*Aufgabe*), que es presentada como una “idea que dé sentido a la observación”. “No pretendo indicar... — precisa el autor— lo que corresponde al ‘verdadero’ hombre, ni lo que promete la salvación de la sociedad. Aquí el ojo se dirige a algo mucho más modesto, aunque aprehenderlo pueda ser casi igualmente difícil: a la finalidad, a la tarea que parece cumplir un determinado complejo de formas de conducta, en una cultura determinada y para la gente del lugar” (1972, p. 88). En su contribución al volumen colectivo *My Philosophy of Law – Credo of Sixteen American Scholars*, Llewellyn es aún más explícito, dentro de lo que es posible en su estilo: “en primer lugar, una institución tiene tareas que desempeñar, y su función es desempeñarlas bien y con eficacia. Y, en segundo lugar, una institución viva tiene resultados en la vida, y debe ser evaluada por ellos; y tales resultados son susceptibles de ser investigados. La medida de la institución es, entonces, la medida en que sus resultados son comprobados de hecho, en relación con la efectiva realización de sus tareas” (1941, p. 185).

- d) La provisión de dirección e incentivos dentro del grupo (Net Positive Drive);
- e) La tarea del “método del Derecho” (the job of juristic method).

Dichas tareas pueden ser desempeñadas de una forma meramente suficiente (bare – bones aspect) o bien de una forma más exigente (questing aspect) (Llewellyn, 1940, p. 1375). Llewellyn reconoció solapamientos entre los distintos law – jobs, así como entre distintas instituciones (por ejemplo, el derecho y la religión) en el desempeño de algunas de las tareas del Derecho (Llewellyn, 1972, pp. 107-108).

El “método del derecho” se relaciona estrechamente con el desempeño de las demás tareas del derecho en términos de exigencia de perfección. Ello comprende, según Llewellyn, el diseño de instrumentos de regulación de las conductas, y el perfeccionamiento de las técnicas y formas de empleo de aquéllos, que conduce al desarrollo de una tradición en el uso del material jurídico¹³. Partiendo de la presencia en el Dere-

cho de esta tarea del “método del derecho”, Llewellyn abordó con profundidad y extensión diversas temas atinentes a la investigación sociológica de la técnica jurídica¹⁴: una teoría general de los oficios jurídicos, de la estética jurídica, de solución de problemas, de enjuiciamiento y abogacía en apelación, de asesoría jurídica, de legislación y codificación, etc¹⁵.

3.3. La consideración sociológica de las normas jurídicas

Llewellyn se interesó por el origen social y por los usos sociales de las normas. Además, reformuló el concepto mismo de norma jurídica, haciéndolo depender de las perspectivas de los diferentes operadores jurídicos, lo que supuso conectar la teoría de las reglas jurídicas con la “tecnología jurídica” que él defendió.

Cuando Llewellyn escribió en *The Bramble Bush* que “lo que los funcionarios hacen con los conflictos es, en mi opinión, el mismo Derecho”¹⁶, en realidad quiso enfatizar

¹³ Según Llewellyn, el “método del derecho” (juristic method, expresión que no debe confundirse con legal method, que en la cultura jurídica estadounidense y anglosajona en general se relaciona con la formación técnica del jurista), es un aspecto de las tareas de resolución de conflictos, de orientación y reorientación preventiva de conductas y expectativas, y consiste en “desarrollar, mantener y mejorar el conocimiento técnico entre los especialistas vinculados a cualquiera de las otras tareas”, en aras de una mayor eficacia en su desempeño (Llewellyn, 1940, p. 1392), (Llewellyn y Hoebel, 1983, p. 298), (Llewellyn, 1949, p. 363); vid. además los materiales lectivos titulados *Law in Our Society*, Lecture 3 – 4: “Basic Theory of the Institution of Law”, 3 – 4.10, VI, p. 25.

¹⁴ El “método del derecho” no sólo comprende el diseño de mecanismos o instrumentos de regulación de las conductas, sino que se extiende además a las “técnicas y formas de su empleo”, traduciéndose así en el surgimiento, mantenimiento y desarrollo de una tradición de uso del material jurídico. Íntimamente ligada a la idea de tradición, lo está la de estilo. Respecto a las “técnicas y formas de empleo del derecho”, vid. (Llewellyn y Hoebel, 1983 p. 299, 309), (Llewellyn, 1940, p. 1393); en cuanto a la idea de tradición, vid. (Llewellyn y Hoebel, 1983 p. 309), (Llewellyn, 1949, pp. 363 –364), y especialmente, *Law in Our Society*, Lectures 3 – 4, “Basic Theory of the Institution of Law”, 3 – 4 .10 (g), p. 25.

¹⁵ Como dice Twining, la teoría de los law-jobs se descompone así en una serie de subteorías vinculadas a la idea del “método del derecho”, todas ellas desarrolladas en mayor o menor medida en su curso *Law in Our Society*: “una teoría general de los oficios jurídicos (law-crafts), con una subteoría de las técnicas del abogado; teorías de la solución de problemas en general; de la dogmática en general y de la dogmática jurídica; de la estética jurídica; y teorías operativas sobre enjuiciamiento y abogacía en apelación, y sobre asesoría jurídica; hay además promesas de capítulos sobre legislación y codificación, vistas desde esta perspectiva” (Twining, p. 71-112).

¹⁶ “...hemos descubierto que las reglas por sí solas, meras formas de palabras, carecen de valor. Hemos aprendido que el caso concreto, la acumulación de casos concretos, la memoria presente, vital de multitud de casos concretos, es necesaria para hacer que cualquier proposición general, ya sea una regla de derecho o cualquier otra, signifique algo en absoluto. ...El hacer algo respecto a las disputas, el hacerlo razonablemente, es el papel

la importancia que a su juicio merecía la eficacia del derecho como problema¹⁷. Dicho énfasis condujo a una subordinación del análisis formal del derecho a su estudio sociológico.

Llewellyn distinguió entre reglas prescriptivas, descriptivas y operativas (prescriptivas al mismo tiempo que descriptivas y predictivas)¹⁸. Estas categorías funcionan como meros modelos o tipos ideales (en sentido weberiano) pues, de acuerdo con los usos imperantes entre los juristas, el término “regla” recibía tanto un significado prescriptivo como descriptivo¹⁹.

En realidad, Llewellyn no estaba preocupado por la naturaleza prescriptiva o descriptiva de la regla jurídica. No se planteaba dicha cuestión en términos de dicotomía entre ser y deber ser. De hecho, sostuvo que la buena regla jurídica debía ser a la vez descriptiva y prescriptiva, y a tal efecto propuso que esta duplicidad de sentido o ambigüedad del término fuera considerada conscientemente, como primer paso

para comprobar cuál era el verdadero valor descriptivo de las reglas jurídicas existentes (Llewellyn, 1989, p. 90). En este sentido, el “escepticismo ante las reglas” de Llewellyn no consistía en negar su existencia, sino en 1º) no dar por sentada la correspondencia entre la descripción – prescripción de la regla y la realidad de su seguimiento y aplicación, y 2º) en tratar de averiguar, con la mirada puesta en la práctica jurídica, qué relación existe en realidad entre el contenido prescriptivo – descriptivo de la regla y la realidad regulada por ella. Se trata de una investigación encaminada a evaluar la regla en tanto que instrumento de control social (Llewellyn, 1940, p. 581 ss.).²⁰

Llewellyn analizó los tres significados que, según su uso, tiene la expresión “regla”: como mandato, como proposición normativa y como proposición predictiva (1931-1940, pp. 1-2). Este es un análisis centrado en las ventajas y desventajas que cada acepción del término tiene en la práctica jurídica. Así, a) la acepción de las normas como mandatos permite averiguar la direc-

del derecho. Y la gente que tiene a su cargo el hacerlo... son los oficiales del derecho. Lo que estos oficiales hacen con las disputas es, a mi parecer, el derecho mismo... Las reglas... y su ordenación, y su manipulación lógica, constituyen una parte inequívoca del papel del derecho y del jurista... Pero si estoy en lo cierto, descubrir lo que los jueces dicen no es más que el comienzo de vuestra tarea... tendréis también que penetrar en la cuestión de en qué va a afectar lo que los jueces os hacen a vosotros, o a vuestros clientes, o a cualquier otra persona... y... os enfrentareis entonces a la tarea de imaginar qué es lo que vosotros, o vuestros clientes, vais a hacer al respecto... Y las reglas, en todo esto, son importantes en la medida en que os ayuden a ver o predecir qué harán los jueces o a hacer que los jueces hagan algo. Esta es su importancia. Esta es toda su importancia, aparte de ser unos bonitos juguetes” (Llewellyn, 1929, pp. 12 – 14).

¹⁷ Según declaró el propio Llewellyn en el prólogo a la edición de 1950, su intención al escribir el célebre aforismo había sido expresar “una profunda, y a menudo triste verdad para el abogado; éste puede obtener para su cliente lo que realmente puede obtener, y nada más”, así como “una verdad aún más profunda, e incluso más triste para cualquier litigante: los ‘derechos’ que no pueden ser hechos realidad son peor que inútiles: son trampas que provocan retrasos, gastos y penalidades” (1950, p. 9).

¹⁸ En 1930, Llewellyn dijo en “A Realistic Jurisprudence –The Next Step” que “una regla puede ser prescriptiva... [o] puede ser descriptiva. O puede ser ambas cosas a la vez... Y cuando los teóricos discuten, se desplazarán de uno a otro de los dos significados sin darse cuenta, y en todas y cada una de las gradaciones de la connotación” (1930, p. 12).

¹⁹ Así, en *The Case Law System in America*, nuestro autor afirma que “toda regla jurídica propuesta por aquellos que sustentan la doctrina tradicional (black-letter doctrine) contiene una aserción implícita... de que la decisión del tribunal sigue la regla declarada, de que la regla es por tanto sociológicamente válida” (1989, p. 90).

²⁰ En *Jurisprudence –Realism in Theory and Practice*, (p. 135), “se ve bajo el microscopio la esencia del método y el logro de la nueva Jurisprudencia. El método es tomar la doctrina aceptada, y contrastar sus palabras con sus resultados, tanto en lo particular como en lo general...”. En: “A Realistic Jurisprudence –The Next Step” (p. 25).

ción o propósito de la regla. b) La acepción de la regla jurídica como predicción sirve para prestar mayor atención a las condiciones de su eficacia, y para examinar las reglas jurídicas en términos de su capacidad para producir resultados. Y c) la acepción de las reglas jurídicas como medidas técnicas las presenta como un “marco de procedimiento y palabras”, es decir, como “proposición normativa”: ello comporta el riesgo de ignorar el aspecto imperativo de la regla, y hace necesario comprobar su eficacia. Evitados los riesgos, la concepción de las reglas jurídicas como instrumentos técnicos ofrece considerables ventajas, tanto en el orden puramente técnico, como en relación con su pretensión de eficacia.

En realidad, Llewellyn estaba trasladando la ambigüedad de que adolece el término “regla jurídica” a los propios objetos designados por dicha expresión: si “regla jurídica” es un término ambiguo, entonces las reglas jurídicas tienen una naturaleza múltiple. El uso de las reglas jurídicas adquiere en su teoría un peso decisivo en la conformación, no ya solo del significado del término mismo “regla jurídica”, sino también del significado de las propias reglas jurídicas, menospreciando, a mi juicio, la importancia que las reglas inmanentes del lenguaje jurídico tienen en la construcción de su significado²¹.

Por otro lado, el autor norteamericano no intentó combatir la polisemia del térmi-

no “regla jurídica”, sino que se sirvió de ella para proponer campos para la investigación sociológico – jurídica. En consecuencia, puede afirmarse que Llewellyn contorsionó el concepto de regla jurídica hasta convertirlo en un argumento más para la investigación sociológica. Defendiendo una concepción sociológica de las reglas jurídicas, convirtió en irrelevante su estudio formal, En consecuencia, defendió la sustitución de conceptos jurídicos por conceptos sociológicos.

3.4. La construcción pragmática de los significados de reglas y conceptos jurídicos

a) La construcción del significado de las reglas jurídicas

Desde el punto de vista pragmático que Llewellyn defendió, el significado de las reglas jurídicas es, para ciertos fines, descriptivo – predictivo; para otros, imperativo; y técnico – instrumental para otros. No obstante, Llewellyn contempla la regla jurídica entendida como medida técnica, como punto de conexión entre el significado descriptivo y el imperativo, lograda la cual entra en escena la “regla operativa” o working rule que, como medida técnica, orienta a los operadores jurídicos sobre la decisión correcta al tiempo que probable²².

Las reglas operativas son el resultado de la actividad técnica de los juristas, la cual tie-

²¹ Esta confusión entre el lenguaje normativo y otros usos del lenguaje se explica en parte por la condición de Llewellyn como jurista de un sistema jurídico de common law, en el que las reglas a utilizar en los procesos han de ser obtenidas a partir del estudio de precedentes. Estos son, obviamente, decisiones pasadas, con las que se espera sean congruentes las decisiones futuras sobre la misma cuestión jurídica. Las reglas jurídicas, aquí, no están formuladas de una vez y para siempre, como sucede con el derecho legislado, sino que son comúnmente reformuladas en cada nueva decisión sobre la cuestión litigiosa. Esta necesidad de construir la regla aplicable a partir de decisiones singulares, sumada a la incertidumbre producida por la posibilidad de que los tribunales no se atengan a su propia doctrina anterior, pone en un destacadísimo primer plano el problema de la predicción. Además, al ser necesario prestar atención a decisiones pretéritas singulares, es fácil acabar identificando la regla con la decisión pretérita y, si la decisión futura es congruente con ella, es asimismo fácil creer que la regla utilizada en el precedente es una buena predicción de la regla utilizada en la decisión futura, y de la decisión misma. Vid. “A Realistic Jurisprudence –The Next Step”, (p. 13 – 14).

²² Llewellyn declara que una regla jurídica sirve igualmente a jueces y abogados cuando “declara con precisión el resultado de los casos, vistos en tanto que casos”. Dicha regla incorpora, en la medida en que describe la forma

ne un basamento observacional, sociológico – jurídico, del que el operador jurídico haría bien en volverse consciente. El enfoque sociológico supone el estudio de las decisiones precedentes y por consiguiente de la doctrina en que se apoyan a la luz de los supuestos sobre los que aquéllas recayeron. Implica reconocer que una línea jurisprudencial determinada es el resultado de una selección de precedentes. Y obliga a defender conscientemente dicha selección, efectuada con preferencia respecto a otras posibles, sobre la base de la aceptabilidad de las decisiones a que dicha línea doctrinal conduce en nuevos casos futuros²³. Tales nuevos supuestos pueden presentar variaciones significativas, que obliguen a plantearse la cuestión relativa a la posibilidad y conveniencia de una reformulación de la regla jurídica, cuestión ésta que debe ser considerada como prioritaria frente a la mucho menos relevante de si la nueva regla puede derivar lógicamente de los precedentes existentes.

¿Qué notas han de caracterizar a las reglas jurídicas operativas? Llewellyn nos explica que la regla jurídica verdaderamente

operativa no puede estar formulada de una manera muy precisa (es decir, con la precisión de una regla general – que el autor denomina, en su peculiar estilo, *rule of thumb*) pues en ese caso se producen irregularidades en las decisiones judiciales que afectan a la “positividad” de la regla. Una clasificación precisa de los casos comprendidos en la regla implica correr el riesgo de no tener en cuenta el propósito, la razón, el uso o el valor de dicha clasificación, y por tanto a aplicaciones incorrectas de la regla.

Lo apropiado será, por el contrario, que las reglas sean formuladas de tal modo que expliciten el principio o razón²⁴ que las anima. Sólo de este modo se obtiene reglas abiertas, es decir, reglas que siguen orientando la decisión bajo condiciones nuevas. La regla meramente general también puede expandirse hasta abarcar situaciones nuevas, pero, como no explicita el principio que la anima, lo hace de un modo ciego e indiscriminado²⁵.

El principio, que es el componente esencial de la regla jurídica operativa, se descompone según Llewellyn en:

en que los casos anteriores fueron resueltos, “tanta prudencia acerca de los casos como los tribunales anteriores han exhibido, y tanta similitud en la reacción como es probable que sigan exhibiendo”. Más precisamente: “La regla de derecho ideal en el derecho judicial será aquella que: 1). se corresponda muy precisamente con el resultado real registrado de un cuerpo muy consistente de casos, examinados en cuanto que casos, atendiendo a los hechos y al resultado; y 2). sea anunciada en tales casos como la regla; y 3). atraiga hoy la atención, por conducir a un resultado justo; y por lo tanto 4). ofrezca una esperanza real de atraer hoy en día la atención de los tribunales; y por lo tanto de orientarlos con cierta seguridad; y de garantizar al asesor jurídico una predicción moderadamente acertada, y al abogado forense una base sólida para la planificación de su caso”. En: “The Rule of Law in Our Case – Law of Contract” (1938, pp. 1256 -1257).

²³ Llewellyn plantea que “vistas desde una perspectiva empírica, incluso las doctrinas jurídicas están basadas en una sociología del derecho... el contenido que las doctrinas dicen que [las] reglas poseen es extraído en primera instancia de la observación de la toma real de decisiones, más que de la forma en que los académicos responden a las palabras de la regla”. En: *The Case – Law System in America*, (pp. 90 – 93).

²⁴ “El término que indica a nuestros juristas a qué me refiero cuando hablo de trabajar sobre líneas de ‘principio’, es trabajar sobre líneas de la razón de la regla o concepto”. En: *The Case – Law System in America*, (pp. 22-23).

²⁵ En cualquier caso, Llewellyn reconoce que no sólo no todas las reglas jurídicas existentes responden a este patrón, sino que además no siempre es necesario que lo hagan, pues hay sectores del ordenamiento en que no es necesario, bien porque hay pocos cambios en la vida social, bien porque las reglas tienen una buena correspondencia con la práctica judicial, o han sido reformadas periódicamente, con el fin de evitar las reformulaciones judiciales. Coincide aquí nuestro autor con la opinión de Pound en el sentido de que hay sectores del ordenamiento donde es admisible la aplicación mecánica del derecho (Pound, pp. 202-205), (Pound, 1938, pp. 158, 163-164). Por otro lado, las reglas que explicitan el principio que las informa se caracterizan según Llewellyn por su gran vaguedad, no siendo fácil desvelar las técnicas de su formulación.

- a) La razón de la situación, apoyada en un adecuado sentido de la situación; y
- b) El criterio para delimitar el ámbito de aplicación²⁶.

El “principio” se halla por el jurista a partir de la recopilación de decisiones precedentes, y del estudio de las mismas a la luz de los supuestos sobre los que recayeron. A ello ha de seguir una valoración de dichas decisiones (y del precedente que constituyen) a la luz de su utilidad o corrección en la decisión del caso presente, la cual se determina en función de los efectos que dicha decisión produciría en la mencionada situación²⁷. Método que, como puede apreciarse, es sustancialmente el mismo que el que Llewellyn propone para la construcción de reglas jurídicas.

b) La construcción de los conceptos jurídicos

Llewellyn analizó los conceptos jurídicos corrientes en el seno de la doctrina jurídica, hallando en ellos una ambigüedad en su referencia tanto a supuestos de hecho como a consecuencias jurídicas, ambigüedad que produce confusiones lógicas entre conceptos “jurídicos” y conceptos “fácticos” que llevan el mismo nombre. Ahora bien, esa misma ambigüedad de los conceptos jurídicos hace posible su evolución, a resultas de la interacción entre el concepto “fáctico”, referido a pautas sociales de conducta, y el concepto “jurídico” (Llewellyn, 1989, p. 95).

Los conceptos jurídicos, una vez formados, adquieren una apariencia de solidez, realidad y valor intrínseco que no se corresponde con la experiencia jurídica real. Los conceptos jurídicos contruidos al modo tradicional tienden a producir en el jurista la impresión de que lo que designan existe en la realidad de las cosas, y en consecuencia a hacer que piense que la observación y la contrastación son innecesarias. Así, se tiende a ignorar las limitaciones que la práctica judicial y las acciones procesales imponen sobre las reglas jurídicas y los derechos subjetivos. Por último, los conceptos jurídicos contruidos al modo tradicional están rodeados de una aureola de rectitud moral que los hace indiscutibles.

En vista de los peligros que comporta el enfoque tradicional sobre los conceptos jurídicos, Llewellyn propuso:

- a) Distinguir los conceptos que hacen referencia a situaciones fácticas, de los que se refieren a las consecuencias jurídicas que la regla jurídica asocia a aquéllas.
- b) Una actitud escéptica frente a la capacidad descriptiva de los conceptos “fácticos” (que acostumbran incurrir en una “distorsión selectiva de los hechos”) así como respecto de su capacidad para ser útiles ante la ocurrencia de nuevos hechos sociales. Dicho escepticismo puede conducir, eventualmente, a un reanálisis de las categorías empleadas en el análisis de la realidad social²⁸.

²⁶ “Una regla revestida tanto de una correcta razón de la situación, como de un criterio claro de su ámbito de aplicación, produce regularidad, calculabilidad, y justicia, todas a la vez. Podemos añadir que tal regla es un sostén y un refugio para cualquier tribunal, así como para cualquier abogado” En: *The Common Law Tradition – Deciding Appeals*, (1960, p. 183).

²⁷ “No podemos seguir considerando de un modo útil que los ‘principios’ son premisas a partir de las cuales deducir conclusiones, que son fórmulas fijas para la manipulación verbal. Pero podemos y debemos considerarlos como un agregado conveniente y bastante preciso de decisiones pretéritas y de tendencias aparentes, que hace posible la decisión inteligente de un caso nuevo, a la luz de sus relaciones con la doctrina y con la vida. Usada de esta manera, la fórmula verbal pone en juego la experiencia del pasado, sin oscurecer el significado de los hechos del caso en cuestión” (Llewellyn, 1930).

²⁸ En: “*Legal Tradition and Social Science Method –A Realist’s Critique*” (p. 89 ss.).

El primer paso para la renovación conceptual que Llewellyn propone consiste en la sustitución de los conceptos jurídicos, que normalmente son demasiado generales, por otros más concretos. De este modo sería más fácil aislar las partes del entramado conceptual del Derecho que han dejado de responder a los requerimientos de la realidad social de referencia. Asimismo, la utilización de conceptos jurídicos más concretos facilita su recombinación en estructuras conceptuales nuevas²⁹. En cuanto al poder distorsionante de la realidad que tienen los conceptos, Llewellyn propone aprovecharse de él, de tal manera que tales distorsiones sean “significativas”, en el sentido de que “su efecto sea verdadero”³⁰.

En cuanto a los conceptos que hacen referencia a consecuencias jurídicas, Llewellyn propuso su revisión a la luz de las prácticas judiciales, y no en función de sus vínculos lógicos con otros conceptos. Ello, opinaba Llewellyn, demostraría que la práctica judi-

cial en los Estados Unidos era mucho más acertada que la doctrina utilizada como fundamento de las decisiones judiciales³¹.

En consecuencia, Llewellyn planteó aquí una sociología de la doctrina y la argumentación, en el marco de una sociología de la decisión jurídica. Pero, al mismo tiempo, defendió la disolución de la ciencia jurídica tradicional vía reforma sociológica de los conceptos jurídicos, lo que debe interpretarse en el sentido de sustituir la denotación “jurídica” de los conceptos jurídicos por una denotación “sociológico – jurídica”³².

Con estas propuestas de revisión de la conceptografía jurídica, Llewellyn pretendía que, a la postre, fueran elecciones valorativas las que determinarían la selección del material fáctico relevante para la construcción de los conceptos jurídicos. Las mismas que, por cierto, determinarían los hechos que la construcción de la norma debería tener en cuenta, y que en consecuencia de-

²⁹ En: *A Realistic Jurisprudence –The Next Step* (pp. 27 – 28). Y, en *Some Realism about Realism*, Llewellyn propuso como uno de los nueve puntos de partida del movimiento realista “la creencia en el valor de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más restringidas que lo que ha sido la práctica en el pasado. Esto está conectado con la desconfianza frente a las reglas verbalmente simples –que tan a menudo encubren situaciones fácticas diversas y nada simples...” (op. cit., págs. 56 – 57). Un ejemplo de esta potencialidad de la descomposición de los conceptos tradicionales lo constituye la discusión a que Llewellyn somete el concepto de “título” en el capítulo VI de *Cases and Materials on the Law of Sales* (pp. 561-574). Según nuestro autor, el progresivo predominio de los contratos de venta futura en el mercado norteamericano había convertido el concepto de “título” en una herramienta inútil en la discusión acerca de la distribución de los riesgos en la compraventa. Estos eran transferidos con el título (por medio de la entrega) en las compraventas con entrega inmediata. Sin embargo, parecía necesario reconsiderar este punto en los nuevos contratos de venta futura. Ahora bien, esta reconsideración se ve considerablemente estorbada por la persistencia de la noción tradicional de que la posesión del título comporta la obligación de soportar los riesgos. Ello puede obligar a los tribunales a efectuar verdaderos malabarismos lógicos, con el fin de poder argumentar que el título, en las nuevas compraventas, no ha sido transferido, o que excepcionalmente su transferencia no comporta la traslación de la carga de los riesgos: es decir, a operar una “pseudo-deducción a partir de conceptos generales (lump-concepts)” (p. 570).

³⁰ En: *Legal Tradition and Social Science Method –A Realist’s Critique*, (p. 96).

³¹ “...nuestras formulaciones aceptadas de las reglas jurídicas en el campo de los Contratos no expresan los casos... un reanálisis de conceptos básicos mejoraría de modo apreciable la exposición de la jurisprudencia de los tribunales... [éstos] en acción han sido considerablemente más prudentes de lo que han sido las palabras [dictum] de los académicos o las opiniones judiciales” En: *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract* (p. 1268).

³² Como es de esperar, existe una importante bibliografía crítica en lengua inglesa en relación con el decisionismo y el predictivismo defendidos por Llewellyn y otros realistas (Kennedy, 1935), (Dickinson, 1931), (Pound, 1937 y 1940), (Hart, 1954). Las críticas pueden partir de su propio concepto de norma jurídica (véase, al respecto, y por lo que respecta a los escasos estudios del realismo hechos por estudiosos de habla hispana: Robles (p. 153-163) y Sánchez, (2002, p. 230 – 242).

berían guiar e inspirar la interpretación del Derecho.

De este modo se toma partido a favor de jueces y prácticos del Derecho y en contra de políticos y legisladores, poniéndose en manos de los primeros la posibilidad, y al mismo tiempo la necesidad, de proceder a una reformulación de las normas jurídicas, dictada por consideraciones de justicia y adecuación a los cambios que experimenta la realidad social que las normas jurídicas tratan de encauzar.

Por otro lado, esta propuesta supone que la decisión invade el terreno (más propiamente cognoscitivo) de la interpretación. El eventual conflicto entre decisión e interpretación se resuelve sobreponiendo las reglas de la decisión a las de la interpretación o, por decirlo de otro modo, haciendo que las primeras sustituyan a las segundas. Esto lleva a concluir que Llewellyn confunde interpretación con decisión. Pero, además, la teoría de la decisión jurídica en la que Llewellyn se apoyó era una teoría de carácter esencialmente sociológico. Sin perjuicio de la necesidad y utilidad de la sociología del derecho, que aquí no se discute, es necesario precaverse contra un excesivo sociologismo que termine por ignorar el especial modo de ser del Derecho.

3.5. ¿Una teoría pragmática de las reglas y los conceptos jurídicos?

a) *Decisionismo y confusión de la sociología y la teoría de las normas*

La concepción sociologista de las normas que defiende Llewellyn olvida que el mundo del Derecho es, no sólo un mundo

de decisiones, sino también un mundo de significados, un mundo lingüístico y comunicacional. En este sentido, Llewellyn confunde lo que la regla jurídica es con lo que hacemos con ella (y ello, por más que exista una relación entre la norma y lo que hacemos con ella, relación que de todos modos no es identidad). Esta confusión es producto de una tendencia, presente en el Realismo Jurídico Americano y en Llewellyn, a considerar que el lenguaje es menos real que los hechos³³. Lo anterior no obsta sin embargo a la afirmación de que Llewellyn hizo en esta sede importantes aportaciones a la Sociología Jurídica en lo que se refiere al estudio de los mecanismos de la decisión jurídica, incluyendo la real utilización que los operadores jurídicos hacen del cuerpo normativo y doctrinal del Derecho.

De la confusión entre la regla y su uso por el jurista deriva otra confusión entre validez y vigencia. En este sentido, Llewellyn propone al jurista que tenga en cuenta aquellas reglas jurídicas que, no siendo sólo "autoritarias" (es decir, que combinen la validez jurídica con la "eficacia" en el sentido técnico – jurídico usual de la expresión) sean asimismo, en su expresión, "positivas", es decir, reconocidas como vinculantes y observadas con tal intensidad que pueda afirmarse de ellas que son eficaces en sentido sociológico, y además con una eficacia cualificada, porque ha de tratarse de la especial eficacia que confiere a las normas su aceptación y uso por los tribunales de justicia (Llewellyn, 1931-1940, pp. 14-15).

Pero, para aceptar la eficacia como condición de validez jurídica, es preciso que exista una regla (secundaria, en la termino-

³³ Gregorio Robles ha apreciado en Llewellyn una desconfianza hacia el lenguaje y las palabras, y una contraposición entre éstas y los hechos, lo que le ha movido a decir que nuestro autor "define la regla descriptiva como una proposición, una descripción o un enunciado asertivo. Es evidente que resulta imposible realizar una tal proposición, descripción o aserción sin recurrir a las palabras. La 'regla real o descriptiva' también se compondría de palabras. Esto no se compadece con las ideas de Llewellyn, que defiende una concepción excesivamente estrecha del lenguaje y su función" (Robles, p.156).

logía de Hart) que eleve aquélla a condición de validez. Y es que el concepto de validez jurídica expresa el hecho de que los Ordenamientos regulan su propio desarrollo, determinando normativamente cómo reconocer sus propios elementos en su fase aplicativa. Por otra parte, el propio concepto de "eficacia del Derecho" presupone el concepto de Derecho. La mera determinación de la conducta relevante a estos efectos precisa que se tengan en cuenta reglas jurídicas que la califiquen como relevante.

b) La invasión de la dogmática jurídica por la sociología de la decisión jurídica

Llewellyn defendió un método de interpretación del Derecho que se confundía con un método consecuencialista de decisión jurídica, lo cual echa por tierra toda posibilidad de considerar la interpretación como una actividad puramente cognoscitiva. Se trata de un método pragmático de interpretación, apoyado en una "descripción" de las decisiones reales de los órganos judiciales, previa una selección de decisiones que parte de una evaluación de los efectos conocidos de las mismas³⁴. Pero un método pragmático de interpretación no es otra cosa en realidad que un método de decisión. En cuanto a los conceptos jurídicos, la propuesta de Llewellyn de llenarlos de contenidos sociológicos supone extrañarlos de su genuina función de sistematización del cuerpo normativo del Derecho. La sociologización de los conceptos jurídicos impediría así el estudio del Derecho como sistema.

4. Conclusión

Llewellyn propuso, en línea con la corriente realista a la que perteneció, una renovación de la ciencia jurídica tradicional, que en realidad suponía la entronización de la sociología de la decisión jurídica como única ciencia jurídica posible. Esta propuesta suponía una concepción preponderantemente instrumental del Derecho, concebido como una herramienta de control social, y olvidaba que, con el mismo peso relativo, el Derecho es un medio de comunicación social, es un cuerpo de mensajes, que debe ser aprehendido e interpretado, no sólo desde el punto de vista del legislador, del juez o del administrador, que contemplan a la sociedad como un ente moldeable en sus manos, sino también desde el punto de vista del ciudadano, del individuo, de la persona, en fin: ésta no es un mero objeto de la acción del poder jurídico, sino un sujeto al que aquél debe dirigirse en calidad de tal. Dicho sujeto lee el Derecho de una forma muy diferente (pero igualmente relevante) a la forma en que lo leen los operadores jurídicos. Una ciencia jurídica que atienda exclusivamente a las necesidades profesionales de los juristas, o a las necesidades del poder jurídico que busca la eficacia de su dominio, es una ciencia jurídica que no sólo contribuye poco a la justicia, sino que además se desentiende de una porción esencial de la realidad jurídica³⁵.

En línea con su concepción pragmática, decisionista y sociologista de la ciencia

³⁴ Coincidimos aquí con Giovanni Tarello, *Il Realismo Giuridico Americano*: "Desde el punto de vista de un realista la elección del método interpretativo es una elección moral, en orden a la cual la ciencia no puede sino aportar los medios idóneos para la satisfacción de los fines que el operador se propone" (p. 108).

³⁵ No defendemos aquí que la ciencia jurídica deba integrar la forma de interpretar el derecho propio de un lego, sino que la interpretación del Derecho que hace el jurista debe considerar siempre que el destinatario último de las normas que interpreta es el ciudadano que no tiene por qué tener un conocimiento técnico del Derecho. Que el legislador, el juez y el administrador deben hablarle a él a través de sus resoluciones y normas, en primer lugar. Y que esto presupone que se dirigen a otros sujetos, no que actúan sobre objetos. Esto hace imposible considerar el Derecho como una simple herramienta al servicio de la dirección de la sociedad, y desacredita al instrumentalismo realista. Por lo demás, la idea del Derecho considerado como un cuerpo de mensajes se la debemos al profesor Robles. Vid., al efecto, de este autor, *El Derecho como texto – cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho* (2006), o su *Teoría del Derecho* (1998).

jurídica, Llewellyn presentó un concepto sociológico del Derecho, inspirado en la sociología funcionalista que dominaba el panorama de la ciencia social del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. Destaca en dicho concepto sociológico del Derecho la conexión entre las instituciones del Derecho y de la Política. Dicha conexión es coherente con la visión del Derecho como instrumento en manos de los operadores jurídicos.

La concepción pragmática, decisionista, instrumentalista que Llewellyn tenía del Derecho se plasmó sin disimulos en sus escritos relativos a las normas jurídicas. En ellos queda clara la preferencia del autor por concebir las normas jurídicas como “medidas técnicas”, y por un constructivismo pragmático en relación con su significado, el cual debía construirse a partir de conclusiones de orden valorativo, alcanzadas en vista de los hechos de la vida jurídica.

De igual modo, el decisionismo, el sociologismo, el pragmatismo y el instrumentalismo subyacen a la concepción que Llewellyn defendió de los conceptos jurídicos (tanto los que expresan situaciones fácticas como los que aluden a consecuencias jurídicas previstas para las mismas en las normas jurídicas). La renovación conceptual que planteó suponía la invasión del proceso decisorio en el terreno hermenéutico. Si bien es cierto que toda interpretación de una norma es en cierto modo un ensayo de aplicación de la misma, de concreción de lo interpretado a la luz de la realidad exterior, no parece defendible que se construya el contenido de sentido de cualquier mensaje o cuerpo de mensajes, exclusiva o fundamentalmente a la luz de las decisiones que se considere necesario tomar en cada momento. No hay duda de que no debe aceptarse una separación tajante entre la interpretación del Derecho y la decisión jurídica. Ello no quiere decir, sin embargo, que ambas sean una y

la misma operación. Se decide con la mira puesta en lo interpretado, y se interpreta con la mira puesta en la decisión que se ha de tomar. Existe interrelación, pues, pero no identidad, entre ambos procesos.

Referencias

- Ackerman, Bruce (1988). *Reconstructing American Law* (1984). Versión en castellano, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Arie.
- Bognetti, E (1958). *Il Pensiero Filosofico-Giuridico Nord Americano del XX Secolo. I Fondatori: Holmes, Pound e Cardozo*. I.E. Milano: Cisalpino.
- Casper, Gerhard (1967). *Juristischer Realismus und Politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Coing, Helmut (1949). “Neue Strömungen in der Nordamerikanischen Rechtsphilosophie.” 38 *Archives für Rechts und Sozial Philosophie*, pp. 536-576.
- Dickinson, John (1931). “Legal Rules: Their Function in the Process of Decision”, 79 *University of Pennsylvania Law Review*, 1931.
- Duxbury, Neil (1995). *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford.
- Fisher, William W. III, Horwitz, Morton, y Reed, Thomas A. (1993). *American Legal Realism*. Oxford University Press, New York, Oxford.
- Gilmore, G (1977). *The Ages of American Law*, Yale University Press, New Haven and London.
- Giuliani, A. (1956). “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, 4 *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 215-308.
- Harris, Marvin (1991). *Introducción a la Antropología General*. Madrid: Alianza.
- Hart, H.L.A. “Definition and Theory in Jurisprudence”, 70 *Law Quarterly Review*, 1954, 37-60
- Kalman, Laura (1986). *Legal Realism at Yale, 1927-1960*. University of North Carolina Press, Chapel Hill.
- Kennedy, Walter. (1935). “Principles or Facts?”, 4 *Fordham Law Review*, pp. 53-71.

- Llewellyn, Karl. (1929). "The Conditions for, and the Aims and Methods of Legal Research", en Handbook of the Association of American Law Schools, y 6 American Law School Review, 1930, 670-678, p. 672.
- (1930). "The Conditions for and the Aims and Methods of Legal Research", 6 American Law Schools Review, pp. 670-678
- (1930). Cases and Materials on the Law of Sales. Callaghan, Chicago, Introducción, IX – X.
- (1930) "A Realistic Jurisprudence -The Next Step", 30 Columbia Law Review, p. 431 ss.
- (1931). "Legal Tradition and Social Science Method", en Essays on Research in the Social Sciences, ed. Brookings Institution, 1931, 89 ss., reproducido en Jurisprudence -Realism in Theory and Practice, 77-100, p. 78.
- (1931.1940). "Law and Social Science", Karl Llewellyn Papers, B.II.17 a – e (período 1931 – 1940).
- (1931). The Theory of Rules (manuscrito perteneciente a la época 1931 – 1940), cap. II: "Rules of Law, Command and Prediction".
- (1938). "The Rule of Law in Our Case – Law of Contract" 47 Yale Law Journal, 1243-1271
- (1940). "On Reading and Using the Newer Jurisprudence 40 Columbia Law Review, 1940, págs. 581 ss.; en Jurisprudence – Realism in Theory and Practice, op. cit., págs 135; "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", op. cit., esp., p. 10.
- (1940). Babel versus Teamwork – Jurisprudence since 1940 (incluido en el texto titulado como What's What in Jurisprudence, perteneciente al período 1941 - 1950.
- (1940). "The Normative, the Legal and the Law – Jobs: The Problem of the Juristic Method", 49 Yale Law Journal, 1940, 1355 – 1400.
- (1941). My Philosophy of Law – Credos of Sixteen American Scholars. Published Under the Direction of the Julius Rosenthal Foundation, Northwestern University, Boston, Mass., Boston Law Book Co.
- (1941). "The Theory of -Legal 'Science'", 20 North Carolina LawReview, pp. 1-23.
- (1960). Bramble Bush -On Our Law and Its Study. New York: Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry.
- (1960). The Common Law Tradition – Deciding Appeals, Little, Brown, Boston, 1960 (Apéndice B, págs. 509 510).
- (1962). Jurisprudence – Realism in Theory and Practice. Chicago: University of Chicago Press.76.
- (1977). Recht, Rechtsleben und Gesellschaft (aus dem Nachlass herausgegeben von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin,
- (1977). Road into Jurisprudence, perteneciente al período 1931 – 1940.
- (1977). The 'Low' Philosophy of Law, fechado el 4 de febrero de 1943.
- (1977). What's What in Jurisprudence, del período 1941 –1950.
- (1983). The Cheyenne Way -Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence; en colaboración con E. A. Hoebel, University of Oklahoma Press, Norman, 1941.
- (1989). The Case Law System in America (edited and with an Introduction by Paul Gewirtz; Translated from the German by Michael Ansaldi, The University of Chicago Press, Chicago and London (original, Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika)
- Moskowitz, David H. (1966). "The Prediction Theory of Law", 39 Temple Law Quarterly, pp. 413-431.
- Patterson, Edwin (1953). Jurisprudence –Men and Ideas of the Law. Brooklyn: The Foundation Press, pp. 121-122.
- Pound, Roscoe (1938). "Individualization of Justice", 7 Fordham Law Review, 1938, 153-166.
- (1937). "The Future of Law", 47 Yale Law Journal, pp. 1-13.
- (1940). "What is Law?", 47 West Virginia Law Quarterly, pp. 1-12.
- Rehbinder, Manfred (1993). Sociología del Derecho, trad. G. Robles, Pirámide, Madrid, 1981. Rechtssoziologie, Walter de Gruyter, Berlín, 1993.
- Robles, Gregorio (1993). Sociología del Derecho. Madrid: Civitas.

- (1998). *Teoría del Derecho*, Vol. I. Madrid: Civitas.
- (2006). *El Derecho como texto – cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*, Madrid, Civitas, 1998, 2006
- Rumble, Wilfrid E. (1968). *American Legal Realism -Skepticism, Reform, and the Judicial Process*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- Schlegel, John H. (1995). *American Legal Realism and Empirical Social Science*, University of North Carolina Press, Chapel Hill & London.
- Summers, Robert S. (1982). *Instrumentalism and American Legal Theory*. Cornell University Press, Ithaca, New York.
- Tarello, Giovanni (1961). *Il Realismo Giuridico Americano*, Dott. A. Giuffrè, Milano.
- Twining, William (1985). *Llewellyn and the Realist Movement*, Weidenfeld and Nicolson, University of Oklahoma Press, Norman.