

William W., FISHER III, Morton J. HORWITZ, Thomas A. REED, *American Legal Realism*, Oxford, University Press, 1993, 326 páginas.

El libro objeto de la presente reseña es una recopilación de extractos de escritos firmados por juristas adscritos al movimiento realista americano, efectuada por los profesores norteamericanos William W., Fisher, Morton J. Horwitz y Thomas A. Reed. Estos, tal y como afirman en la introducción del volumen, no se han limitado a reproducir textos que podrían considerarse «clásicos», sino que han tratado de presentar escritos de otros autores menos conocidos, con la intención de ofrecer al lector una perspectiva global de lo que el movimiento realista americano supuso, y del entorno de pensamiento y de preocupaciones intelectuales y prácticas en el que se desarrolló.

El volumen está dividido en una introducción y ocho capítulos, dedicados cada uno de ellos a ocho «temas» que, por su propia naturaleza, o por el enfoque especial con el que fueron abordados, son considerados como característicos del pensamiento realista. Cada capítulo comienza con una presentación general por los editores del contexto social, económico, político e intelectual que rodeaban a las cuestiones que configuran cada tema, y con una indicación de las notas generales del pensamiento realista en este respecto. El libro se completa con una interesante bibliografía de fuentes primarias y secundarias.

En general, los editores presentan un retrato del realismo como un intento de desarrollar un nuevo pensamiento jurídico, localizado en el período entre guerras, y opuesto al dominante, al que llaman el *classical legal thought*, de espíritu formalista, y de mentalidad conservadora en lo político y social. Los realistas, por el contrario, estaban interesados por la justicia social, y por una transformación de los métodos de decisión jurídica, que permitiera superar los defectos del conceptualismo y del pensamiento silogístico por medio de la toma de conciencia, por parte del operador jurídico, de las políticas sociales involucradas en el derecho, y de la importancia del auge que las ciencias sociales estaban experimentando en aquella época. Es de destacar que los editores no vacilan en dar al movimiento realista americano una definida orientación política progresista, que es el patrón con el cual enjuician supuestas «desviaciones», cometidas por alguno de los miembros del movimiento (como, por ejemplo, el Pound tardío).

Por otra parte, los editores son conscientes del carácter difuso del movimiento realista americano, que no permite identificar su pensamiento con nitidez, ni tampoco establecer una lista de «realistas», de la que se pueda predicar que los comprende a todos, o que no incluye a nadie que no deba estar en ella: las ideas consideradas como características del realismo ya habían sido anticipadas por grandes juristas anteriores a ellos, como Holmes, Pound y Cardozo; por otra parte, los autores considerados como «realistas» no presentaban un ideario común, y nunca se organizaron en la forma de una «escuela» de pensamiento. A la vista de esto, los editores prefieren utilizar como criterio de selección de autores el de la oposición al *classical legal thought*.

Los ocho capítulos en que se divide el libro están titulados de la siguiente forma: 1) Antecedentes; 2) La polémica en torno al significado del realismo; 3) Los contratos y el mercado; 4) La crítica de la distinción entre lo público y lo privado; 5) El derecho y la sociedad corporativa; 6) El razonamiento jurídico; 7) El derecho como ciencia social; 8) La enseñanza del derecho y el trabajo académico. Los textos seleccionados consisten en escritos de corte general, otros relativos a cuestiones doctrinales concretas, y decisiones judiciales importantes.

El capítulo de antecedentes comprende extractos de escritos de Oliver W. Holmes (de *The Common Law* —1881—, de «The Path of the Law» —1897—, y de su voto particular en *Lochner v. New York* —1905—); de James B. Thayer («The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law» —1893—); de Roscoe Pound («Liberty of Contract» —1909—, «Law in Books and Law in Action» —1910—); de John Chipman Gray (*The Nature and Sources of the Law* —1909—), y de Wesley Newcomb Hohfeld («Some Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning» —1917—).

ning» —1913—). Todos estos son considerados como precursores del movimiento realista. De Holmes han tomado los textos donde se encuentran sus afirmaciones de que «la vida del derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia», o donde formula la «teoría del mal hombre», y la concepción del derecho como las profecías de lo que los tribunales harán; así como su idea de la separación entre derecho y moral; Thayer es seleccionado por su crítica de la forma en que los tribunales norteamericanos estaban enjuiciando la constitucionalidad de la nueva legislación social, mediante interpretaciones sesgadas de la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal; a Pound se le presenta defendiendo la necesidad de aplicar el análisis sociológico al derecho, criticando la ideología liberal clásica, que confía ciegamente en la idea del *self-reliant man*, y abogando por la justicia social; de John C. Gray se destaca su tesis, consistente en que las inclinaciones políticas de los jueces afectan a sus decisiones, y que en ocasiones aquéllos cumplen un papel renovador del derecho; por último, Hohfeld aparece exponiendo su teoría de la descomposición de cualquier relación jurídica en ocho categorías básicas (derecho/no derecho; privilegio/deber; poder/incapacidad; inmunidad/responsabilidad) que forman parejas de opuestos (así se presentan aquí) pero también de correlativos (pues, en las relaciones jurídicas, el derecho de una parte, por ejemplo, comporta un correlativo deber de la otra); esta teoría ejerció poderosísima influencia en muchos autores considerados como realistas.

El capítulo segundo, dedicado a la controversia de los años 1930-31 en torno al significado del realismo, informa sobre la polémica producida entre Llewellyn y Pound, y originada por la publicación por Llewellyn de un artículo bajo el título «A Realistic Jurisprudence — The Next Step» en la *Columbia Law Review* —1930— donde Llewellyn, que ha ensalzado a Pound por haber dado importancia a las prácticas surgidas en torno al derecho, como elementos para su estudio, le considera como aún «parcialmente atrapado por el pensamiento tradicional en torno a preceptos, propios de una época que está quedándose atrás»; los editores, por su parte, hablan de un Pound que en aquel momento se había vuelto «oracular y conservador», irritado por las ideas iconoclastas de autores como Jerome Frank y Karl Llewellyn, y aún así interesado en dar el *placet* al nuevo movimiento, no sin antes verter sobre éste algunas advertencias; con tal objeto escribe un artículo titulado «The Call for a Realist Jurisprudence» —1931— en el que traza una descripción del movimiento realista que lo hace pasar por una escuela de pensadores que creen que *su* verdad es *la* verdad, y que los hechos del derecho son lo único que cuenta, despreciando así los problemas del deber ser del derecho. Además, Pound imputa a los realistas una serie de defectos (fe ciega en las cifras, unilateralismo intelectual, particularismo en el estudio de los fenómenos jurídicos, y compromiso moral con los intereses del comercio, despreciando el interés social general). A continuación Pound presentará su versión sobre lo que debería ser un programa realista, en términos más moderados que los que, según él, defienden los representantes de la nueva corriente. Llewellyn respondió a este artículo con otro, «Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound» —1931—, en el que pide a Pound citas concretas de textos de realistas, que muestren los defectos aducidos, pero sin esperar a que aquél lo haga, se lanza a un análisis bibliográfico de los escritos de aquéllos a quienes por la época Pound podría haber considerado como representantes del nuevo movimiento, demostrando que las críticas de aquél carecen de fundamento; después, en la segunda parte de su artículo, emprenderá una descripción de los que pueden ser aceptados como puntos comunes del realismo jurídico americano. Allí negará la existencia de una *escuela* realista, y señalará los que a su juicio son los rasgos principales del movimiento.

El tercer capítulo se dedica al tema de los contratos y el mercado. Los editores explican la evolución del derecho contractual en los EE.UU., caracterizada por la expansión de la institución contractual a relaciones jurídicas anteriormente regidas por un *common law* imperativo, y por la aceptación general de la «teoría de la voluntad» y del formalismo en la interpretación de los contratos; tras ello, describen cómo, a finales del siglo XIX, vuelve a tomar cuerpo el intervencionismo del estado en la vida económica, con legislaciones restrictivas y de derecho imperativo, destinadas a controlar los problemas que el proceso de industrialización del país estaba causando, en el sentido

de desprotección del trabajador y de los consumidores; cómo el Tribunal Supremo de los EE.UU., reacciona contra el legislativo, declarando inconstitucional buena parte de esta nueva legislación, apoyándose en una interpretación sesgada de la 14.^a enmienda de la Constitución, concebida originalmente para la protección de las libertades de los antiguos esclavos, y ahora convertida en base de la *freedom of contract* y del derecho al *substantive due process* (entiendo como tal el proceso que respeta el derecho de propiedad). Por último, exponen la reacción de los críticos del liberalismo, que no son otros que los realistas: éstos denuncian las inconsistencias internas de la concepción clásica; niegan que se pueda explicar toda la doctrina contractual sobre la base de unos pocos principios generales; señalan que los cambios sociales y económicos obligan a redefinir dicha doctrina; y afirman que las obligaciones contractuales no tienen su fuente en la voluntad de las partes, sino en la del Estado, y en nociones judiciales como política pública, bienestar, justicia, corrección y error. Ilustran esta exposición extractos de textos de Arthur L. Corbin («Offer and Acceptance, and Some of the Resulting legal Relations» —1917—); de Nathan Isaacs («The Standardizing of Contracts» —1917—); de Karl N. Llewellyn («What Price Contract? —An Essay in Perspective» —1931—); y de L.L. Fuller y William R. Perdue, Jr. («The Reliance Interest in Contract Damages» —1936/37—).

En el cuarto capítulo se aborda la crítica realista a la distinción entre lo público y lo privado. Esta distinción, proveniente del siglo XIX, y producto de la ideología liberal clásica, fue discutida por los realistas, quienes se empeñaron en demostrar el carácter extensivo de la coerción, y no privativo del estado; el efecto que el derecho de propiedad y de los contratos producen, bajo la forma de otorgamiento de poderes a los propietarios para regular la vida y las situaciones jurídicas de los demás, hasta el punto de poder llegar a confundirse con la soberanía, como sucedió en la Edad Media, que las políticas públicas determinan el contenido del derecho privado (en el fondo, el *laissez-faire* es la consecuencia del otorgamiento estatal de poderes a los particulares); y que como consecuencia, el estado es responsable en un grado importante de la distribución de la riqueza y del poder. Los editores resaltan la importancia política de esta forma de argumentar, en cuanto ataque a la opinión conservadora de que la política intervencionista era anómala, y necesitaba de una justificación especial. A este contenido responden los extractos que componen este capítulo, sobre textos de Robert L. Hale, («Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercitive State» —1923—); de Morris R. Cohen, («Property and Sovereignty» —1927—); de Louis L. Jaffe («Law Making by Private groups» —1937—); y sobre el voto particular de Jerome Frank en *M. Witmark & Sons v. Fred Fisher Music Co.* —1942—.

En el quinto capítulo, los editores presentan extractos de textos realistas relacionados con la en aquel momento nueva y emergente sociedad corporativa. describen el proceso de organización social y económica en los EE.UU., producido entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial, la transformación de la estructura empresarial, desde empresas sostenidas por pequeños grupos y que se ocupaban de un solo aspecto de la producción, hasta los grandes grupos que cubren múltiples facetas de la misma y son sostenidos por grandes masas de accionistas; y la progresiva complicación e interconexión del sistema económico, que creaba nuevas formas de dependencia económica, frente a las que se respondió con nuevas formas de organización.

Los realistas se esforzaron por resaltar la inadecuación de las viejas reglas e instituciones frente a la nueva situación económica, y que exigía cambios en tres órdenes de materias:

a) En primer lugar, se reclamaba una nueva concepción de la responsabilidad contractual y extracontractual, que debía inspirarse por patrones objetivos y abandonar el criterio de la culpa (en este sentido se expresa el texto extractado de Harold J. Laski: «The Basis of Vicarious Liability» —1917—. Igualmente, la opinión de Holmes en el caso *Vegeahn v. Guntner*, 1896, que aceptaba la licitud de la organización de los trabajadores para formar piquetes y su no responsabilidad por los perjuicios ocasionados, sobre la base de que están haciendo competencia para su propia subsistencia).

b) En segundo término, se reivindicaba una nueva forma de regulación, por vía legislativa o administrativa, de las relaciones internas y externas de las corporaciones (así, la opinión del juez Brandeis en *International News Service v. Associated Press* —1918—; también, el extracto de la obra de James L. Landis *The Administrative Process* —1938—, donde se elogia la capacidad regulativa de los administradores profesionales, dedicados a esa tarea en exclusiva, y ajenos a las turbulencias políticas).

c) Por último, los realistas proponen una nueva concepción de las corporaciones, como resulta de los textos de John Dewey, en «The Historic Background of Corporate Legal Personality» —1926—, donde señala el doble uso que se ha hecho siempre de toda teoría respecto a la personalidad jurídica, y de Adolf A. Berle y Gardiner C. Means, en *The Modern Corporation and Private Property* —1932—, donde se describe cómo la corporación ha efectuado la separación entre propiedad y control del capital, por medio de la multiplicación de los propietarios, y ha creado nuevas relaciones jurídicas, en el interior y en el exterior de la corporación.

En el sexto capítulo, los editores se dedican a recopilar textos realistas en torno a problemas de razonamiento jurídico. En este terreno, describen el pensamiento realista como desdoblado en dos vertientes: críticas del estilo de razonamiento dominante, y propuestas para una mejor resolución de conflictos. En la base, una teoría del derecho, entendido como profecías de las decisiones judiciales; de acuerdo con ella, la lógica deductiva es poco útil; no es posible derivar soluciones particulares de reglas generales (tesis que es motivo de la controversia entre Holmes y Brandeis en el caso *Pennsylvania Coal Company v. Mahon* —1922—); en realidad, el juez se suele enfrentar a la necesidad de elegir dos o más principios o categorías jurídicas opuestas entre sí, para decidir la solución del caso (esto es lo que tratan de mostrar los escritos extractados de Max Radin, «The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think» —1925—; de Herman Oliphant, «A Return to Stare Decisis» —1928—; y de Karl N. Llewellyn, «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed» —1950—).

En las decisiones de los jueces intervienen, además de la lógica, otros factores: corazonadas (Joseph C. Hutcheson, Jr., «The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision» —1929—), factores psicológicos (Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930), y factores sociales (Félix S. Cohen, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach» —1935—); tomada la decisión, luego se racionaliza y legitima con los argumentos tradicionales.

Los editores caracterizan las propuestas de los realistas de reforma del derecho americano con tonos más pobres; reclamaron una base empírica para las elaboraciones conceptuales (como lo ilustra el extracto que se presenta de la obra de Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* —1921—, y el artículo de John Dewey, «Logical Method and the Law» —1924—), y una descomposición de conceptos complejos en categorías más simples y restringidas (Cohen); efectuada esa descomposición, aún queda valorar, de acuerdo con políticas públicas determinadas, la estructura de las relaciones jurídicas y proponer, en su caso, su reforma. Por otra parte, reclamaban una aplicación teleológica del derecho, y que las normas jurídicas expresaran la finalidad que con ellas se persigue de forma explícita. Aún así, se presenta a los realistas reclamando de los jueces la modificación de las reglas, en caso de que estén en desacuerdo con los objetivos expresados en ellas. La postura realista en torno a valores es aún más difusa: oscila entre el pluralismo ético y ciertas ideas progresistas, y se sustancia en una elusión de los problemas morales, bien postponiendo su estudio, bien optando por posturas de descubrimiento del deber ser del derecho, de un derecho inmanente, en las prácticas sociales.

En «El Derecho en cuanto Ciencia Social» (cap. 7.º), los editores dan cuenta de la enorme cantidad de confianza depositada por los realistas en la sociología, como instrumento para la reforma del derecho, y para la liquidación de la necesidad de separar el «ser» del «deber ser» en el derecho.

Como ilustración de esta confianza, se presentan extractos del famoso «informe Brandeis» en el caso *Muller v. Oregon* —1908—; del artículo de W.W. Cook, «Scientific Method and the Law» —1927— donde informa de la caída del predominio de la visión mecanicista del mundo físico y natural, del descubrimiento de que la deducción lógica depende enteramente de la forma de las premisas, y no de sus contenidos de significado, y de la entrada en lo que él llama «la era de la relatividad», caracterizada por la toma de conciencia de los postulados que subyacen inconscientemente al pensamiento, por el abandono de la pretensión de que el derecho puede ser completamente explicado desde el punto de vista de la mecánica, y por el reconocimiento de las limitaciones de la actividad clasificatoria y de la lógica deductiva; todo lo cual contrasta con el pensamiento inductivo-deductivo propio del derecho, que desatiende el papel del abogado de predecir acontecimientos futuros, y el del juez de creación de nuevo derecho cuando resulte necesario, con las miras puestas en fines socialmente deseables y en los modos de decisión más adecuados para alcanzarlos.

De *The Cheyenne Way*, de Llewellyn y E.A. Hoebel (1941), se extracta el capítulo dedicado al homicidio y lo sobrenatural, dándose así una muestra ajustada del trabajo de antropología jurídica que estos autores desarrollaron con los indios Cheyenne, y que además concluye con el desarrollo por Llewellyn de un conjunto de reglas que expresan las prácticas Cheyenne en torno al homicidio; de Underhill Moore y Charles C. Callahan, se extracta el artículo «Law and Learning Theory: A Study in Legal Control» —1943—, donde se muestran los resultados —por otro lado no muy sugerentes— de los estudios de conductas relacionadas con el aparcamiento de automóviles en zonas de estacionamiento limitado.

El último capítulo de este volumen está dedicado a recopilar algunos textos realistas que tuvieron como objeto de sus consideraciones los problemas de la reforma de la enseñanza del derecho y de la actividad académica; comienzan los editores con una breve exposición de los avatares de la enseñanza del derecho en los EE.UU., entre mediados del siglo XIX, con la aparición del *case method*, y los movimientos de reforma del primer tercio de este siglo, no sin echar una ojeada a sus aspectos discriminatorios, elitistas y racistas. En general, la idea que prevalecía era que las facultades de derecho se habían vuelto demasiado académicas y alejadas de la vida del derecho; como remedio, se propugnó la incorporación de la economía, la psicología, la sociología y la ciencia política a las enseñanzas de las facultades de derecho.

En este sentido se pronunció el *Summary of Studies in Legal Education* —1929—, editado por Herman Oliphant como conclusión de las discusiones sobre reforma curricular en Columbia, que propugnó una reorganización de las asignaturas en torno a patrones funcionalistas. Thurman W. Arnold (en «Institute Priests and Yale Observers —A Reply to Dean Goodrich») postuló la necesidad de distinguir una ciencia *del* derecho y una ciencia *sobre* el derecho, a fin de poder situar en su contexto adecuado las críticas que la actividad académica sobre el derecho estaba recibiendo de los realistas. Y Fred Rodell, en «Goodbye to Law Reviews», puso en la picota el estilo recargado y altisonante de los autores de artículos en revistas jurídicas, así como su dedicación en los mismos a minucias conceptuales poco relacionadas con necesidades reales.

Félix Francisco SANCHEZ DIAZ

José Ignacio LACASTA ZABALZA, *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Madrid, Talasa, 1994, 400 páginas.

La publicación del libro de J.I. Lacasta es una tentativa lúcida de rescatar el ideario de Sorel que, por su polémica y contradictoria personalidad, había caído en el rechazo o peor aún en el olvido, a pesar del gran predicamento que tuvieron algunas de sus obras en la Francia e Italia de comienzos de este siglo. Aunque sólo fuera por este motivo, esta obra es merecedora de atención. Siendo esto cierto, sin embargo, la recuperación de un pensamiento «actual» y digno sin duda de ser tenido en cuenta no debe oscurecer que el trabajo que comentamos debe celebrarse, además, por su fuerza y la erudición cultural desde la que ha sido abordado. Teniendo en cuenta estos antecedentes, este comentario se va a articular a partir de tres puntos, fundamentalmente. En primer lugar, una presentación del libro y de las intenciones del autor en su intento de «rescatar» el pensamiento de Sorel y su significado cultural e histórico. En segundo lugar, se atenderá a las cuestiones que se abordan en la trastienda sociológica del pensamiento de Sorel (una de las más valiosas aportaciones metodológicas y de contenido de J.I. Lacasta). Para finalizar, en tercer lugar, esta revisión se centrará en la crítica del «antisemitismo» de Sorel. Entendiendo que este dato no es una mera anécdota en su pensamiento y que el autor, aunque aborda el tema, en alguna medida lo escamotea al desplazarlo hasta el epílogo, cuando debiera haber sido una de las claves a tener en cuenta para la reconstrucción de su pensamiento y en especial para valorar su «antidemocratismo».

El pensamiento de Sorel debe situarse en medio del alboroto producido por el *fin de siècle* francés y la tentativa de la III República de mostrar una capacidad racionalizadora de reducción de conflictos y de realización del ideal republicano mediante reformas pacíficas. Frente a esta situación aparece un Sorel enérgico y decidido a cambiar el rumbo de la vida política y religiosa. Su crítica radical le lleva a situarse en una posición desconcertante que ha dado lugar a un largo periplo de «transmigraciones» de su pensamiento desde las posiciones conservadoras más acérrimas hasta los planteamientos revolucionarios más radicales, tanto en el foro político como sindical. La simultaneidad de su utilización desde posiciones que se auto-reclaman de «derechas» o de «izquierdas» llama especialmente la atención, hasta el punto de que recientemente Bobbio ha significado «la interpretación ambiguamente contrastante» de este autor¹. El propio autor del libro que comentamos, a pesar de sus esfuerzos por superar esta tensión y rescatar los valores del pensamiento de Sorel en sí mismo, no escapa a la misma, como puede apreciarse a *sensu contrario* en la constante insistencia en subrayar la originalidad de su pensamiento y en su justificación. El «malditismo» de Sorel persigue a J.I. Lacasta y le lleva a un singular esfuerzo de justificación, único punto en el que este brillante libro puede adolecer de algún flanco débil.

A J.I. Lacasta le obsesiona mostrar, siempre que tiene ocasión, la autonomía y originalidad del pensamiento soreliano. Alejándose así de aquéllos que lo han valorado como una «mezcla de Marx y de Nietzsche». La originalidad del pensamiento soreliano reaparece como un parpadeo en muchas de las páginas de este libro, incluso para referirse a la deuda de Sorel con respecto a «los materiales morales recibidos» [débito que, con gran plasticidad, el autor del libro colorea con un trazo fuerte y seguro calificándolo de «no esclavizado» (p. 80)]. En la mayoría de las ocasiones, la singularidad de su pensamiento es perfilada con coletillas como el uso constante de la expresión «muy de Sorel» detrás de comentarios acerca, por ejemplo, de la «presencia de una brújula ética de origen teórico proudhoniano» (p. 73). Este ahínco también se observa en la reacción del autor frente a la calificación de Sorel como «imitador» o «epígono» de la figura de Croce por algunos pensadores como Gramsci, Bergson, Renan y Proudhon. Frente a esta valoración, que considera exagerada, «un tanto distorsionada

1. BOBBIO, N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, 2.^a ed., trad. A. Picone, Madrid, Taurus, 1995, p. 73 ss., esp. p. 74-75.