

# ANTIFORMALISMO JURÍDICO, APROXIMACIONES BÁSICAS

ANA KARINA TIMM HIDALGO\*

RESUMEN

El formalismo jurídico ha calado hondo en nuestra cultura legal, sin embargo dicho fenómeno ha generado respuestas que se alejan, críticamente, de él. Así como es relevante el formalismo también lo son las tradiciones intelectuales que lo enfrentan, por ello es imprescindible estudiar y comprender sus nudos centrales y contornos más relevantes. El presente trabajo se ocupa de examinar las corrientes antiformalistas surgidas en Francia, Alemania y Estados Unidos, explicando en cada caso sus elementos básicos.

Palabras clave: Antiformalismo jurídico, Escuela Científica, Movimiento del Derecho Libre, Realismo Jurídico, *Critical Legal Studies*.

ABSTRACT

*The legal formalism has penetrated deep into our legal culture, however this phenomenon has generated responses that deviate critically from it. As is relevant formalism so are the intellectual traditions that face it, so it is essential to study and understand their core points and relevant contours. This paper deals with examining the anti-formalist currents arising in France, Germany and the United States, in each case explaining its basic elements.*

*Key words: Legal anti-formalism, Scientific School, Free Law Movement, Legal Realism, Critical Legal Studies*

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2013

Fecha de aceptación: 6 de junio de 2014

\* Abogada Universidad de Valparaíso. Máster en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

*El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, si no es guardián de su libertad*

(IHERING, Rudolf, *Espíritu de derecho romano*,  
Revista de Occidente, Madrid, 1962)

## INTRODUCCIÓN

Desde mis años como estudiante de derecho hasta el día de hoy siento una gran aversión a esa desconexión entre el derecho y el mundo social. Ese formalismo ha calado muy hondo en nuestra cultura jurídica y que se alimenta desde diversas parcelas: los teóricos que prenden velas a la lógica, el abogado que hace del trámite y la triquiñuela procesal su forma de vida, el juez perezoso incapaz de innovar, el estudiante que solo aprende sus artículos de memoria. Estoy siendo imprecisa, sé que hay muchos matices que realizar, pero la idea inicial es sencilla, breve y estoy segura, muy extendida: el mundo jurídico es excesivamente formal, las formas muchas veces dejan de ser una garantía y pasan a ser uno de los ladrillos más poderosos que integran ese muro que aleja al derecho de la sociedad y de la justicia.

Dicho formalismo es un fenómeno muy complejo que amerita ser estudiado desde diversas perspectivas, en este texto me detengo en una aproximación teórico jurídica del asunto. Una exposición completa de las corrientes formalistas y antiformalistas es una labor compleja, pues, desde diversos puntos de vista y con los riesgos de las generalizaciones, prácticamente todas las escuelas o movimientos que han surgido en la historia del pensamiento teórico jurídico, podrían ser expuestas en alguno de los dos ámbitos. Trabajaremos con las que históricamente han sido más importantes.

Siguiendo las explicaciones de Norberto Bobbio, interesan a este trabajo las diferencias básicas entre formalismo jurídico y formalismo ético, pues se centrará en el primero.

El formalismo ético alude a: “cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la cual el acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella<sup>1</sup>”. El formalismo jurídico, en cambio se circunscribe a una determinada forma de hacer teoría jurídica que “presenta al Derecho como una forma (general-

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, p. 13.

mente constante) respecto del contenido (generalmente variable)”<sup>2</sup>, por lo que este formalismo se caracteriza por prescindir del contenido y de la esfera social de las normas.

El antiformalismo, por su parte, va a estar integrado por los movimientos que reaccionan a las tesis del formalismo jurídico, en sus inicios se vincula con la crisis del positivismo teórico decimonónico<sup>3</sup>.

Para el objetivo propuesto, sin duda son varios los caminos que se pueden adoptar. Nos guiaremos por la diferenciación que el profesor Renato Treves realiza entre *revueltas contra el formalismo*<sup>4</sup>: legal francés, jurisprudencial estadounidense y conceptual alemán<sup>5</sup>.

#### A. Formalismo jurídico francés: Escuela de la Exégesis

No podríamos entender el antiformalismo sin primero exponer brevemente a qué formalismo se enfrentaban. Por ello es necesario precisar que el formalismo francés se manifiesta principalmente con la Escuela de la Exégesis, expresión jurídica de la revolución que hunde sus raíces en la filosofía racionalista de la mentalidad ilustrada, la doctrina de la separación de poderes, el contractualismo antropocéntrico y la doctrina de la soberanía nacional.

Plantea que el legislador racional, representante de la nación, crea leyes que serán la única autoridad legítima. La ley tiene un valor en sí misma y solo en virtud de ella se podrán limitar derechos y libertades, que son para todos, gracias a su generalidad y abstracción (igualdad

---

<sup>2</sup> BOBBIO, *El problema...*, p. 18. El profesor Norberto BOBBIO además del formalismo ético y el formalismo jurídico en sentido estricto, señala dos acepciones más de lo que se suele entender por formalismo: la ciencia del derecho como ciencia formal, es decir, el formalismo científico y por último al formalismo como interpretación formal del derecho.

<sup>3</sup> En términos más amplios, el formalismo jurídico alude al desentendimiento del jurista tanto de lo social, como de lo valorativo, centrándose, como se señaló en la norma. En este sentido amplio, se apartan del pensamiento formalista el iusnaturalismo y el sociologismo. Vid. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Tomo III, Madrid, Rivadeneira, 1973, p. 20 y ss.

<sup>4</sup> Esta expresión es tomada por TREVES de Morton White, quien la aplica no solo al fenómeno jurídico sino también a otras áreas del saber de la historia intelectual norteamericana, en su libro *Social Thought in América: The revolt against formalism*, Viking, New York, 1949.

<sup>5</sup> TREVES, Renato, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de María José Añon Roig, Manuel Atienza y J.A. Pérez Lledó, Barcelona, Ariel, 1998, p. 81.

formal clásica). Como consecuencia de esta filosofía y del conocido descrédito histórico de los jueces, producto de la estamental justicia patrimonial, el poder judicial quedará fuertemente sometido a la ley<sup>6</sup>.

La obra central de este pensamiento, es el código civil napoleónico de 1804. Pese al temor de Napoleón hacia los juristas, estos recibieron el código con devoción y acatamiento, dando lugar a una ciencia jurídica estrictamente normativista y acrítica<sup>7</sup>.

Las principales características de la escuela exegética, pueden resumirse de la siguiente manera: 1) el Derecho positivo lo es todo y todo el derecho está constituido por la ley; 2) El juez al interpretar debe buscar la intención del legislador, este no puede –por ningún motivo–, asumir una función creadora del derecho, pues dicha labor corresponde con absoluta exclusividad al legislador racional; 3) El juez al descubrir dicho espíritu debe extraer de él, deductivamente, todas las consecuencias que se desprendan de la norma; 4) la costumbre como fuente del derecho no tiene valor, la *analogía legis* es suficiente para superar las insuficiencias de la ley; 5) los argumentos de autoridad, las obras de los predecesores son muy importantes; 6) estatalidad del derecho<sup>8</sup>.

#### A.1. Antiformalismo Francés: Escuela Científica

Esta forma de comprender al Derecho motivó el surgimiento de una corriente de pensamiento antiformalista denominada *Escuela Científica*, en la cual destacan autores como Thaller, Planiol, siendo su principal exponente François Geny y su obra *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, considerada un verdadero manifiesto de la nueva escuela<sup>9</sup>. Por ello centraremos en Geny la exposición de esta vertiente antiformalista.

<sup>6</sup> Vid. PECES-BARBA, Gregorio, con la colaboración de R. DE ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS GASCÓN, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 150 y ss.; FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales –5ª edición–*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2007, p. 62 y ss.

<sup>7</sup> Esta afirmación debe entenderse relativizada puesto que, Napoleón en su afán por evitar que se tergiversaran las disposiciones de su código, en un primer momento cerró las facultades de Derecho, con el objeto de evitar el surgimiento de interpretaciones no dogmáticas de sus prescripciones.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tomo I, Madrid, Uguina, 1971, p. 81-83.

<sup>9</sup> THALLER (en su *Tratado general de teoría y práctica del derecho comercial*), innovó intentando poner en contacto la actividad jurídica con la economía política. Por su

Las dos tesis principales de su obra citada son: 1) los elementos formales y puramente lógicos son insuficientes para lograr las aspiraciones de la vida jurídica, y 2) la necesidad de reestructurar los métodos, labor que profundizó en su obra *Ciencia y Técnica del derecho privado*<sup>10</sup>.

Su primera tesis precisa ser matizada, pues sus críticas no fueron a la codificación, ni a la importancia de la ley en tanto fuente formal del Derecho prioritaria, lo cual se refleja de manera muy clara: “reconozco sin dificultad que, en ciertos aspectos, el método tradicional presenta serias ventajas que piden reflexionar antes de comenzar a minar sus bases. No solo esto, sino que además satisface maravillosamente las exigencias de ese espíritu clásico, que puede sin duda, ser criticado, pero también tienen su valor como resorte de fuerza viva de nuestro temperamento nacional. Y sobre todo y desde un punto de vista más preciso y práctico, este sistema de axiomas y consecuencias lógicas, encadenadas unas a otras alrededor del sólido apogeo de los textos legales, puede dar apariencias al conjunto de nuestro derecho positivo, una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas la indispensable seguridad. A lo que puede añadirse que el intérprete se siente particularmente garantizado por la dirección inflexible que parecen ofrecerle reglas tan categóricamente trazadas”<sup>11</sup>.

Aquí vemos que Geny fue un antiformalista, pero también un normativista. Valoró la importancia de la ley y su proceso de codificación en un sentido ontológico y práctico. El lema era: *por el código civil pero más allá del código civil*<sup>12</sup>, buscando profundizar la reflexión sobre sus posibilidades y demostrar sus deficiencias, desvelando una serie de problemas y proponiendo una nueva metodología.

En el ámbito de las deficiencias, señaló que: “el vicio capital del sistema es el de inmovilizar el derecho y cerrar el camino al desarrollo

---

parte, PLANIOL en su *Tratado elemental de derecho civil*, buscó que la ciencia jurídica se conectara con la historia, economía, política y legislación comparada. Finalmente DUGUIT puede ser considerado el ala dura del antiformalismo francés. Tanto así que autores como HERNÁNDEZ GIL lo sitúan como uno de los exponente del *sociologismo jurídico*, es decir, aquella corriente que se caracteriza por buscar imponer su enfoque respecto de que el derecho, es un hecho social, planteándose derechamente antinormativista, y situándose por ello, en el extremo opuesto al pensamiento formalista.

<sup>10</sup> GENY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2000, pp. 533-534.

<sup>11</sup> GENY, *Método de interpretación...*, p. 47.

<sup>12</sup> GENY, *Método de interpretación...*, p. 58.

de toda idea nueva. De atenernos a las conclusiones del método tradicional, toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador. De esta suerte se permanece forzosamente y para todo en la situación en que nos encontrábamos al mismo momento de aparecer la ley<sup>13</sup>”.

Para que no se produzca este efecto inmovilizador, planteó la necesidad de ampliar el espectro de fuentes formales señalando que estas, además de la ley, comprenden la costumbre jurídica (a la cual dedicó gran parte de su trabajo) y la tradición o autoridad manifestada en la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina.

Asimismo, resaltó la importancia de que tanto el juez como la doctrina conectasen la ley con su finalidad social, pero siempre rechazando el voluntarismo judicial. Una de sus más importantes preocupaciones, precisamente, estuvo en objetivizar la labor del juez, pensaba que el planteamiento exegético sobre la actividad del juez era ilusorio; una ilusión que lejos de cumplir el objetivo de que el juez no cree derecho, da margen al más fuerte subjetivismo.

En este contexto se encuentran algunos elementos claves y complejos de su pensamiento: la *naturaleza de las cosas*, que el juez debe indagar recurriendo a una gran cantidad de datos que proporcionan las ciencias sociales, teniendo especial preocupación por percibir la *utilidad social y la justicia* de la decisión.

Es en el ámbito de la labor judicial, pero extendiéndola a la doctrina, donde se debe situar su segunda tesis; la libre investigación científica: “investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva: investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar las bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar”<sup>14</sup>.

Para intentar entender este aspecto, es necesario detenerse en ciertas distinciones que el autor realiza: ciencia y técnica, el dato y lo construido.

El dato y lo construido son dos ámbitos con los que trabaja el jurista y el juez: “el dato formula la regla del derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo construido hace referencia a un medio de trabajo subjetivo, artificial, que tiende a erigir la regla jurídica bruta en precepto susceptible de insertarse en la vida. La ciencia tiene

<sup>13</sup> GENY, François, *Método de interpretación...*, p. 533-534.

<sup>14</sup> GENY, François, *Método de interpretación...*, p. 412.

por objeto constatar los datos de la naturaleza y de los hechos. Comedido de la técnica es la construcción jurídica<sup>15</sup>.

La ciencia trabaja con cuatro tipos de datos: los reales, que están constituidos por las condiciones políticas, económicas y sociales al momento de decidir; los datos históricos, constituidos por las prácticas y usos sociales; los datos racionales, donde se encuentran los principios éticos válidos en sí mismos y los datos ideales, es decir, los fines de la ley.

La técnica es un auxilio de la ciencia, es solo una herramienta subsidiaria frente a la generalidad y la abstracción de sus postulados, buscando concretizarlos. Geny expone detalladamente los procedimientos de la técnica, distinguiendo en ella procedimientos formales e intelectuales.

Los formales son de limitado contenido, acá ubica la ley y las demás fuentes formales que se han indicado. Los intelectuales son de contenido ilimitado y comprenden las conceptualizaciones que se realizan en el ámbito de lo jurídico.

En cuanto la relación que plantea entre técnica y ciencia, esta última tiene preferencia; para el autor importa más el dato que lo construido, pues en ellos encontramos a los hechos, la justicia que es ante todo lo que prima en el derecho.

### *A.2. Algunas reflexiones críticas*

Como podemos extraer de esta breve explicación, Geny se aparta claramente del pensamiento de la Escuela de la Exégesis, elaborando una teoría sugerente e innovadora, que marcó un antes y un después en el pensamiento jurídico francés, y que tuvo decisiva influencia en el devenir del pensamiento jurídico europeo occidental.

Sus aportaciones a la teoría de las fuentes no admiten dudas; en el plano interpretativo claramente no es un escéptico ya que, como se señaló, buscó dotar de una mayor objetividad a la actividad del juez, levantando el velo ilusorio de la ciencia tradicional: ante las deficiencias de esta, los elementos científicos y sociales, que buscaba estuvieran presentes en el proceso interpretativo, darían dicha objetividad. Sin embargo, su posición podría ser catalogada más bien de ecléctica, toda vez que también señaló que, “sería vano pretender encadenar todas las situaciones en un sistema de teoremas precisos y dominados

---

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho...*, p. 235.

por la lógica pura. Buscando una precisión indispensable, es necesario no perder de vista que la naturaleza misma de los problemas a resolver dejará siempre un lugar necesario a la apreciación subjetiva del intérprete. Es suficiente que esta apreciación esté contenida en algunas líneas esenciales y guiadas, en su acción, por elementos superiores tomados del orden objetivo”<sup>16</sup>.

Uno de los aspectos más criticados de su pensamiento es el de su distinción entre ciencia y técnica en la forma propuesta, al punto que algunos niegan total valor a la distinción. Sin embargo, otros le admiten valor gnoseológico ya que, en la realidad tanto ciencia como técnica están inseparablemente unidas: el jurista al obtener los conocimientos derivados de las ciencias y luego aplicarlos, va a estar determinado por las posibilidades de su adecuación en alguna regla técnica, ya que estas son las que identifican sus concepciones, lo rescatable es que esta distinción tiene el mérito “de haber servido para demostrar que la ley no es sino una expresión más o menos perfecta del derecho. Este es hoy un pensamiento muy generalizado. Pero, en su día, era preciso combatir por él y la escuela científica, con la delimitación de la actividad científica y la técnica, lo hizo cumplidamente. El fin en el presente caso, justifica los medios”<sup>17</sup>.

## B. Formalismo alemán: Jurisprudencia de los Conceptos

El formalismo característico del pensamiento jurídico alemán del siglo XIX tiene como principal exponente a la “Jurisprudencia de los Conceptos”. Esta es una derivación de la Escuela Histórica de Puchta y Savigny<sup>18</sup>. En sus principales exponentes encontramos al mismo Puchta, a Ihering y a Windscheid.

Puchta, siguiendo la herencia de la Escuela Histórica, señalaba que las normas jurídicas tienen una conexión orgánica con el espíritu del pueblo. Sin embargo, el giro de su pensamiento que lo aleja de dicha escuela y que marca el surgimiento del formalismo conceptual viene

<sup>16</sup> GENY, François, *Método de interpretación...*, p. 523.

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho...*, p. 256.

<sup>18</sup> Un matiz importante para comprender las diferentes sensibilidades políticas entre Escuela Histórica y Movimiento de Derecho Libre se encuentra en que SAVIGNY era conservador, pues no quería replicar el proceso de codificación francés, en gran medida porque era de inspiración filosófico-política liberal.

dado por su planteamiento relativo a la existencia de una conexión lógica conceptual entre las normas, de modo que se condicionan unas a otras deductivamente<sup>19</sup>. Así se originaba su conocida *genealogía de conceptos*, que comprende una pirámide de conceptos que articulaban el sistema, construido según las reglas de la pura lógica formal, de manera que el concepto superior condicionaba el contenido de los conceptos inferiores. El elaborador del concepto superior debía ser la filosofía del derecho<sup>20</sup>.

Para la jurisprudencia de los conceptos la misión del jurista era, afirmándose fielmente a la lógica, elaborar con rigurosidad conceptos que dieran todas las respuestas que necesita el juez para realizar su labor, no precisando, en modo alguno, recurrir a elementos extrajurídicos; como la realidad social o las concepciones éticas dominantes. Lo relevante es la lógica y coherencia de su elaboración.

En cuanto a la actividad judicial, buscaban excluir todo voluntarismo e irracionalidad en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, a través de proveer al juez de una matriz de conceptos que no dieran margen a grandes dudas interpretativas, pues deben señalar con claridad la solución de los casos que se le presentasen. Esta era concebida como la mejor vía para el logro del valor jurídico máspreciado: la seguridad jurídica.

### *B.1. Antiformalismo alemán: Movimiento del Derecho Libre*

Una de las principales reacciones<sup>21</sup> contra este formalismo vino dada por el *movimiento del derecho libre* que surgió en Alemania a

---

<sup>19</sup> Es relevante que, dicha lógica conceptual se debe distinguir del pensamiento ius naturalista del siglo XVIII. Para ello tener como referente la relación entre sistema jurídico interno y externo. Toda vez que, la lógica conceptual que buscó la Jurisprudencia de los Conceptos se obtiene desde el sistema jurídico interno.

<sup>20</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 39-44.

<sup>21</sup> Cabe destacar que, en el ámbito de las corrientes antiformalistas alemanas de principios del siglo XX, además del movimiento del derecho libre, se suele ubicar a la Jurisprudencia de los intereses cuyo principal exponente fue Philip HECK, y la jurisprudencia finalista del segundo Rudolf VON IHERING. Si bien, estas tres corrientes tienen en común el punto de partida crítico ante el formalismo y extremo logicismo de la jurisprudencia de los conceptos, los desarrollos que tendrán las críticas las diferenciarán. El trabajo se centra en el movimiento que se ha señalado, porque es identificado como el más extremo en sus posturas y más representativo del antiformalismo alemán.

principios del siglo XX. Sus principales fuentes de inspiración fueron los trabajos de Rudolf von Ihering, pero en la segunda etapa de su pensamiento. En efecto, como se señaló, en una primera etapa participó de la jurisprudencia de los conceptos, siendo uno de sus más destacados miembros, con el devenir de los años la abandonó para transformarse en uno de sus principales detractores; conocido es su célebre llamado a que los juristas “desciendan del cielo de los conceptos a la tierra, para tomar contacto directo con la realidad<sup>22</sup>”.

Además de Ihering, es una referencia obligada en cuanto a los autores que inspiraron las obras del movimiento François Geny; en esta misma línea se menciona a Julius von Kirchmann, quien medio siglo antes de que aparecieran las obras más importantes del movimiento escribió el sugerente ensayo *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*.

Eugen Ehrlich precisa mención protagónica, pues en 1903 escribe una obra que se suele calificar como el documento fundacional del movimiento *El hallazgo del derecho libre y la ciencia del derecho libre*. Pero sin dudas, el autor que es identificado por la doctrina como el principal exponente del movimiento es Hermann Kantorowicz, quien con el seudónimo Gnaeus Flavius<sup>23</sup> en 1906 publica el provocativo ensayo *La lucha por la ciencia del derecho*. En él plantea el programa del movimiento, expone las ideas que con mayor fuerza identifican a sus distintos integrantes, y acompaña un apéndice en el que nos orienta en torno a los trabajos en los cuales *los amigos del movimiento hacen profesión de su fe*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> IHERING, Rudolf von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomás Banzhaf, Madrid, Civitas, 1994, p. 264.

<sup>23</sup> El seudónimo es sugerente; es el nombre de un famoso jurista romano que, siendo secretario del magistrado Apio Claudio el ciego, dio a conocer el enigmático calendario de los *días fastos*: aquellos en que los tribunales podían ejercer sus funciones y que estaba bajo la custodia de los pontífices, de los patricios y de los juristas y pertenecía ocultos para el pueblo. Vid. CICERÓN, Marco Tulio, “En defensa de Lucio Murena” en *Discursos*, Trad. Jesús Aspa Cereza, revisión de Javier Fresnillo Núñez, Madrid, Gredos, 1995, p. 422.

<sup>24</sup> Entre las obras que cita encontramos: EHRlich: La obra mencionada y *sociología y jurisprudencia*; GENY también es expresamente mencionado con la obra antes señalada; HECK *Jurisprudencia de intereses y fidelidad de la ley*; JUNG *La plenitud hermética del derecho*; LAMBERT *La función del derecho civil comparado*; MAYER *Normas de derecho y normas de cultura*; MÜLER-ERZBACH *Los principios de la representación jurídica desarrollados en atención a los intereses en juego*; RADBRUCH *Sobre el método del derecho comparado*; RUMP *Acerca del estado actual de la doctrina de la causación adecuada*;

El punto de partida de las críticas se conecta con las consecuencias de la labor científica de la jurisprudencia de los conceptos, pues su pretendido rigor lógico fue elaborando conceptos dogmáticos, en el sentido de proposiciones no abiertas al debate crítico, ni al test de los hechos, sino solo a las reglas de la lógica. De modo que, con el pasar del tiempo y los cambios que se producen en los ideales y fundamentalmente en la realidad social, dichas construcciones conceptuales comenzaron a ser duramente atacadas, sea por vetustas, sea por conducir a una resolución formalmente válida pero injusta en el caso en el caso particular.

Pero las críticas son más profundas, el *movimiento* criticó la forma misma de entender el derecho, dirigiéndose en contra de lo que ha sido entendido como el “dogma de la estatalidad del derecho” y la concepción estrictamente normativa del fenómeno jurídico, es decir, que solo es derecho el producido por el Estado, a través de su poder legislativo y el comprendido por los conceptos de los científicos del derecho.

Así, no negando el carácter de derecho al estatal, realizó un llamado para pasar a integrar al concepto de derecho la realidad jurídica, por ser esa la única manera de conocerlo auténticamente<sup>25</sup>.

Acá es donde aparece el término *derecho libre*, una de las claves básicas del pensamiento de estos los autores. Llama la atención que no haya sido definido con precisión, pero a partir de sus características nos podemos hacer una idea: “un derecho independiente del poder estatal”<sup>26</sup>, cuya ventaja es que “el pueblo conoce el derecho libre mientras que desconoce el estatal, a no ser que el último coincida con el primero”<sup>27</sup>, “constituye el suelo del que el derecho estatal dimana: casi todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad

---

SCHLOSSMANN *El error sobre cualidades esenciales. A la vez una contribución a la teoría sobre la interpretación*; SCHMIDT B. *El derecho consuetudinario*; STAMMLER *La teoría del derecho justo*; STAMPE *El hallazgo del derecho por construcción*; STERNBERG *Teoría general del derecho*; WURZEL: *El pensamiento Jurídico*; ZITELMANN *Lagunas del derecho y a toda la ESCUELA DE FRANKFURT*. Al referirse a esta escuela, no se está refiriendo a los autores que hoy conocemos como partícipes de la filosofía crítica, pues esta surge con posterioridad.

<sup>25</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel, “El movimiento del derecho libre”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 10, 1993. p. 427.

<sup>26</sup> KANTOROWICZ, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, trad. de W. Goldschmidt, en: VV.AA., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 332.

<sup>27</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 335.

como principios de derecho libre”<sup>28</sup>, “es perecedero y frágil como las estrellas”<sup>29</sup>, “sus normas no forman un sistema como tampoco las del derecho estatal. Se trata más bien de los resultados de las épocas culturales más diversas y de muy diferentes círculos de vida que se desenvuelven orgánicamente y no con arreglo a un plan fijo”<sup>30</sup>.

De este pensamiento también se produce como consecuencia una propuesta de modificación de las clásicas fuentes del derecho, pues junto al derecho estatal está el derecho libre, que es de producción social y al que atribuyeron una importancia mayor que a la norma estatal, por ser la que mayoritariamente regula las relaciones humanas.

De tal modo, el derecho libre venía a constituirse en una nueva fuente del derecho. Este es una realidad preexistente que, bajo subterfugios lógicos, ha sido aplicado por los jueces, pero al contar con el reconocimiento de la doctrina vendría a auxiliar la labor judicial, del mismo modo que las demás fuentes.

Por otra parte, el movimiento se dirigió a criticar los dogmas de plenitud del ordenamiento jurídico, que va directamente relacionado con la negación del carácter sistémico del mismo, y con el dogma de la estatalidad al que he aludido. Los criticaron por falsos, pues decían que una aproximación que tome en consideración la realidad jurídica permite constatar que en la práctica el derecho no es un sistema, ya que la voluntad y sentimientos que efectivamente existen en su aplicación son incompatibles con dicha idea.

Frente al dogma de la plenitud, el movimiento no solo dijo que existen lagunas, sino que enfáticamente señaló que éstas son la regla general, por resultar imposible que el legislador prevea normas para la solución de todos los conflictos que se presentan en la vida diaria, llegando a decir que “hay tantas lagunas como palabras”<sup>31</sup> por lo que es insostenible seguir sustentando su excepcionalidad.

Junto a ello, sostuvieron que los medios que el ordenamiento provee para su superación no son suficientes y que su aplicabilidad —exclusivamente— a través de procedimientos lógicos es una falacia, pues la elección del método para colmar la laguna es siempre fruto de un

---

<sup>28</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 336.

<sup>29</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 334.

<sup>30</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 340.

<sup>31</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 337.

acto volitivo del juez, elección que depende del contenido que quiere dar a su resolución<sup>32</sup>.

La función que ven en el derecho libre precisamente va ligada a la crítica a este dogma, pues el derecho libre con la “espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas y de hecho siempre las colma<sup>33</sup>”.

Mención especial amerita el aspecto relativo al voluntarismo y el irracionalismo, pues decían que los jueces desarrollan razonamientos jurídicos destinados a demostrar que están resolviendo el litigio conforme a derecho, pero, dichos fundamentos muchas veces son forzados o simplemente falsos, lo que realmente hacen es elegir conforme a su voluntad un razonamiento que les permita señalar la decisión que ellos desean. Es decir, existe un falso razonamiento lógico, que oculta un real razonamiento volitivo, lo cual se puede entender al observar la realidad jurídica: “A la corriente voluntarista se une naturalmente en nuestra concepción la trayectoria irracionalista. Si se ve con claridad que la razón no desempeña el único papel decisivo, también se da uno mejor cuenta de los muchos pecados que se han cometido en su *nombre*, en nombre de la lógica. Bien es verdad que el nuevo movimiento se haría desde luego ridículo, si quisiera descartar la lógica como carente de valor, acción cometida algunas veces por los partidarios fanáticos e impetuosos de la escuela histórica. La lógica tiene razón siempre. Pero no es menos verdad que aquella lógica jurídica de la hermenéutica tradicional, puesta en picota recientemente y con acierto por Sternberg, poco tienen de común con la *scientia scientiarum*”<sup>34</sup>.

Todos los pensamientos expuestos influyen en la actividad del juez. Tras el levantamiento del manto teórico del siglo XIX, que ocultaba la realidad de la función judicial por, a lo menos ingenuamente, creer que el silogismo judicial siempre es aplicables, quedamos ante un juez que ya no debería recurrir falsamente a la lógica para fundamentar su decisión conforme a una determinada regla interpretativa o conforme a una determinada norma. Apelaban a que el juez exprese con sinceridad el resultado de su búsqueda del derecho aplicable, entendiéndose por tal el estatal y el derecho libre, para que su decisión sea coherente con la realidad social y con una mayor justicia del caso particular.

<sup>32</sup> SEGURA ORTEGA, *El movimiento...*, p. 431.

<sup>33</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 338.

<sup>34</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 345.

El rol creador del derecho que el movimiento reconoce al juez, conlleva que el protagonismo de su pensamiento está en él y no en el Poder Legislativo. Para dotarlo de las herramientas intelectuales que le permitan realizar tan compleja labor, decían que era necesario que la formación del juez se ampliase a la adquisición de conocimientos sociológicos y psicológicos. El lema era: *especialista en los hechos, no mago de las decisiones jurídicas*<sup>35</sup>.

Sin embargo, la principal crítica que se realizará a este punto (incluso por Geny, que, como dijimos fue un inspirador del movimiento), es que no señalan a través de qué medios se llega a la decisión jurídica, ni cuáles son los límites de la función judicial. Los autores recurrieron a nociones como la equidad, el sentimiento jurídico, justicia, entre otros términos cargados de indeterminación y vaguedad. Respecto de esto se ha dicho que ello puede haber sido conscientemente buscado, pues es coherente con la libertad que se reconoce como latente en su actividad<sup>36</sup>. Demostración de ello es que el modelo de juez inglés y el código civil suizo del año 1900, que en su artículo primero permitía al juez actuar como legislador en casos de laguna legal y ausencia de costumbre aplicable al caso concreto.

Se llega acá a uno de los aspectos más discutidos: la posibilidad de que el juez no solo se aparte de la ley, sino que excepcionalmente decida en contra de ella, aun cuando la norma legal sea clara. No se planteó una posibilidad amplia de decidir en contra de la ley<sup>37</sup>, pero se señalaron causas para ellos marcadas por el carácter amplio de su formulación: "el juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual poder del Estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción se inspirará en el derecho libre"<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 368.

<sup>36</sup> SEGURA ORTEGA, *El movimiento...*, p. 450.

<sup>37</sup> SEGURA ORTEGA, *El movimiento...*, p. 451. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 37.

<sup>38</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 363.

Lo cual sin dudas permite que el juez pueda subsumir una gran cantidad de casos a estas causales.

En definitiva, estas caracterizaciones de la actividad judicial, llegando a extremos como los de validar las decisiones contra la ley, son sin lugar a dudas el punto más crítico del movimiento. En todo caso se debe finalmente, relacionar con el hecho que para ellos la confianza en el juez es la única garantía<sup>39</sup>: “si no podemos fiarnos del juramento del juez, que en efecto requiere de una convicción seria no existe garantía alguna<sup>40</sup>”.

Por último, las consecuencias que los postulados anteriormente acarrean para la teoría; en cuanto su objeto, función y método. Respecto del objeto, este se extenderá no solo al estudio de las normas jurídicas que tienen origen en la actividad estatal, sino que además comprenderá el estudio de ese *derecho libre*, por lo que el conocimiento del derecho se puede realizar principalmente a través de la observación, tomando especial atención en el que efectivamente se vive por la sociedad y especialmente el que se aplica por los tribunales de justicia<sup>41</sup>.

Por lo que se refiere al método, propusieron el análisis empírico del fenómeno jurídico, por lo que las referencias a la sociología serán recurrentes, pero de manera diferente entre los distintos autores<sup>42</sup>.

La función de la ciencia jurídica que propugnan es doble: descriptiva y prescriptiva. Descriptiva en cuanto conocimiento del derecho

---

<sup>39</sup> RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, p. 57.

<sup>40</sup> KANTOROWICZ, *La lucha...*, p. 364.

<sup>41</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel, “Kantorowicz y la renovación jurídica”, en: *Dereito*, vol. II, N° 2, 1993. p. 123.

<sup>42</sup> En este punto que se han distinguido dos vertientes en el movimiento, en una parte encontraremos a autores como KANTOROWICZ y en la otra a EHRLICH. El primero de los autores habló de la importancia de la sociología en relación a la dogmática, pero distinguiendo claramente los planos, pues la primera se aboca al estudio de la realidad social de las normas y su método es descriptivo, mientras que, la dogmática se ocupa del estudio de las normas y su método no puede ser empírico, pues no se aboca al estudio del ser; su función es fundamentalmente el estudio de la justificación a través de razones. En cambio, EHRLICH fue bastante más radical al plantear que la verdadera ciencia jurídica es la sociología jurídica, pues al ser el derecho un fenómeno social, una auténtica ciencia del derecho debe actuar con presupuestos de las ciencias sociales, criticando de paso incluso la distinción entre ser y deber ser. Vid. SEGURA ORTEGA, Manuel, *El movimiento...*, pág. 439. Sobre Esto último, vid. las críticas que dirigió KELSEN, Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, en: *Doxa*, N° 12, 1992, pp. 213-256.

y prescriptiva en cuanto fuente del derecho, pues a través del análisis empírico de la realidad, su función es señalar las normas extraestatales que integran el derecho libre<sup>43</sup>.

### B.2. *Algunas reflexiones críticas*

El movimiento por el derecho libre ha sido duramente criticado, en general, se le atribuye falta de rigor en la fundamentación de sus planteamientos<sup>44</sup>. Centrándonos en las principales, a lo menos se pueden agrupar dos planos: uno teórico jurídico vinculado con la interpretación y, otro relacionado con las consecuencias políticas que pueden surgir de sus propuestas.

En el ámbito teórico jurídico las críticas apuntan al amplio reconocimiento del activismo judicial que se propuso y la valoración del voluntarismo en la adopción de las resoluciones jurídicas, que en versión más extrema termina por reconocer la desvinculación del juez a la ley, a través de la admisión supuestamente excepcional<sup>45</sup> de decisiones *contra legem*, pues representa una debilitación total de la finalidad básica del derecho, la seguridad jurídica.

Aun inspirados en objetivos benignos, como lo fue privilegiar la justicia del caso concreto por encima de la formalidad de la decisión, carecen de un correlato que busque dotar al sistema de mecanismos de control de la actividad judicial. La confianza en el juez y la creencia que ello es la garantía fundamental, por ingenuo que nos parezca, es coherente con dicha ausencia y por ello nos recuerdan al cuestionado juez Hércules<sup>46</sup>. La desconfianza que fundamentaba la crítica al idealizado legislador racional no se traspasa al juez, quien, por alguna razón que no se logra entender, es la persona idónea para señalar la decisión correcta incluso en contra de la ley.

Cabe destacar en este apartado crítico que la seguridad jurídica no solo fue infravalorada por el movimiento, sino que fue identificada como una utopía, pero esta revistió un carácter distintos a como hoy la

<sup>43</sup> PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación...*, p. 37.

<sup>44</sup> RECASENS SICHES, *Nueva filosofía...*, p. 53.

<sup>45</sup> Digo supuestamente excepcional porque, como vimos, las causas que se señalaron son tan amplias que permiten que muchos casos puedan ser subsumidos en ellas, pudiendo finalmente invertirse la regla de la excepcionalidad.

<sup>46</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación...*, p. 38.

entendemos, pues señalaban que la inseguridad es inevitable y deseable para el derecho, parte si no existiere, no existirían procesos judiciales<sup>47</sup>.

Las consecuencias políticas a las que aludimos se vinculan con el peligro que sus postulados representan para el estado de derecho y la democracia. Que las decisiones judiciales estén en parte importante sometidas a la voluntad y al sentimiento de justicia de la persona del juez, dotado de un cierto intuicionismo moral y capacidad de percibir la compleja realidad social, acarrea eventuales arbitrariedades e irracionalismo jurídico, teniendo como presupuesto para lo dicho la heterogeneidad valorativa de sociedades integradas por gran pluralismo ideológico en cuanto a las concepciones de lo justo<sup>48</sup>.

Junto a ello el principio de sujeción a la ley como garantía no solo debe ser valorado desde el punto de vista de la pasividad del juez que acarrea, tan discutida en el ámbito de la teoría de la interpretación jurídica, sino que debe conectarse con la consideración de la ley como cuerpo jurídico representativo, por lo que en el contexto de un estado democrático los esfuerzos teóricos por dotar de racionalidad y control a la actividad judicial a través de la exigencia de su sujeción a la ley, deben encontrar su impulso en ello.

Las manifestaciones que los peligros expuestos han tenido en nuestra historia no pueden dejar de ser mencionados; solo un lamentable ejemplo basta para dimensionar lo dicho. No obstante las dificultades de identificar la sensibilidad política de esta escuela, se puede señalar que, Ehrlich y Fuchs eran judíos, otros adherentes a movimientos políticos socialdemócratas como Stampe y Rump, por lo que sufrieron persecución y exilio. El propio Kantorowicz, que era judío, sufrió del exilio que lo llevó a refugiarse en Estados Unidos. Todos ellos tuvieron que ver cómo su pensamiento inspiró la teoría jurídica nacional socialista, ya que les proporcionaba un buen brazo teórico para desprenderse de las incomodidades que les representaban las normas de la Constitución de Weimar<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> SEGURA ORTEGA, *El movimiento...*, p. 454.

<sup>48</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo, "Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta", en *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Rosaristas, 1997, p. 133.

<sup>49</sup> PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación...*, p. 40. Una excepción relevante viene representada por Philips HECK, autor central de la escuela *Jurisprudencia de los intereses*, quien modificando algunos aspectos de su teoría contribuyó, conscientemente, al nacionalsocialismo.

También suele ser calificado peyorativamente como *sociologismo jurídico*<sup>50</sup>, por sus excesos (piénsese especialmente en Ehrlich y su identificación de la sociología como auténtica ciencia del derecho). Más allá de ello se puede destacar que, una consecuencia del movimiento ha sido dirigir los estudios del Derecho a las dimensiones fácticas de la norma. Por ello forma parte de las escuelas que impulsaron el surgimiento de la sociología jurídica y con ella las discusiones sobre la delimitación de su objeto estudio y de los demás saberes respecto al derecho que se ubican cerca de ella.

### C. FORMALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE: FORMALISMO JURISPRUDENCIAL

El formalismo que surge en Estados Unidos gira en torno a la tradición iusnaturalista basada en el estado de derecho, la división de poderes y subordinación del juez a la ley. Su expresión más característica en el ámbito académico es el *case method*<sup>51</sup>.

Para entender este formalismo, es necesario remontarse a los orígenes del *case method*. Su precursor fue el primer decano de Harvard y principal representante del formalismo estadounidense, Christopher Columbus Langdell, quien, empeñado por el reconocimiento del carácter científico del estudio del Derecho, introdujo en dicha escuela una serie de reformas institucionales, de exigencias de ingreso y muchas otras bastante interesantes. Ahora bien, en lo que atañe a este trabajo, lo relevante es su creación de un método de enseñanza que caló profundamente en la cultura jurídica estadounidense.

El *case method* se caracteriza por tres aspectos: el estudio del derecho centrado en sentencias judiciales rigurosamente elegidas por contener principios y doctrinas, con una relevancia tal, que sirvan de guía para la resolución de otros tantos conflictos jurídicos. El otro aspecto viene dado por los *casebook*, que son materiales de enseñanza que contienen la selección de casos sobre los que se trabajará con los alumnos.

---

<sup>50</sup> El sociologismo jurídico se ubica en una etapa inicial de la sociología jurídica y se caracteriza por comprender el Derecho como un hecho social, siendo derechamente antinormativista. La sociología jurídica se diferencia del sociologismo jurídico en que ella al estudiar las relaciones derecho sociedad, estudia las normas en su relación con la sociedad. Vid., DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. XX

<sup>51</sup> TREVES, Renato, *La Sociología del Derecho...*, p. 82.

Por último, el método socrático, es decir, la cátedra caracterizada por preguntas que el profesor formula a los estudiantes relacionadas con los casos y el diálogo participativo que en virtud de ello se forma al interior del aula, en contraposición a la clásica clase magistral y la formación de un profesional en base al aprendizaje marcado por la repetición de doctrinas y normas<sup>52</sup>.

Que este método de enseñanza sea tachado como piedra angular del formalismo que se expone, nos puede sorprender a quienes hemos sido formados principalmente a través de la clase magistral, no obstante, dicha formalidad viene dada por dos razones: el estudio de los casos se realizaba con el objeto de extraer los principios y doctrinas en ellos inmersos de manera imparcial sin considerar los contextos sociales de surgimiento, funcionando como precedentes estrictos que se extraen y aplican a otros casos semejantes, por lo que el estudio de los casos es asimilable al estudio dogmático de los códigos. La otra razón viene dada porque en los *casebook* solo se incluían sentencias, y no otros textos con contenido carácter filosófico, social o económico, pues para Langdell el estudio de ello debía realizarse en otras facultades<sup>53</sup>.

### C.1. Antiformalismo estadounidense: desde Holmes a los Critical Legal studies

La reacción contra el formalismo ha tenido un vasto desarrollo en Estados Unidos. Su exposición no deja de ser bastante compleja, pues los caminos que se han abierto en esta línea son muchos.

El juez Holmes es ampliamente considerado el precursor del realismo estadounidense. Imbuido por las ideas que se estaban cimentando en el legendario Club de la Metafísica<sup>54</sup>, publica en el año 1881 “The Common Law” y posteriormente “The Path of Law”, sus obras centrales.

---

<sup>52</sup> PÉREZ LLEDÓ, Juan, *El movimiento critical legal studies*, Madrid, Tecnos, 1996, p.

<sup>53</sup> PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, p. 108 y ss. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “El formalismo de la teoría Jurídica estadounidense”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 18, 2001, p. 267-299.

<sup>54</sup> El “club de la metafísica” es un grupo de intelectuales estadounidense, que impulsaron el desarrollo de la vertiente filosófica pragmática. Recibe este nombre en forma irónica pues si algo criticaban precisamente es el saber metafísico, entre sus integrantes encontramos además de HOLMES, otros abogados: Nicholas ST. JOHN GREEN y Joseph B. WARNER, desde el mundo de la ciencias participaron Francis ELLINGWOOD ABBOT, John FISKE, Chauncey WRIGHT (evolucionistas) finalmente,

Su tesis más conocida y criticada se suele reducir a su frase “entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos<sup>55</sup>”. Sin duda frases como esta ya nos sitúan en el carácter más empírico de su reflexión respecto a lo jurídico, que será heredada por el realismo jurídico. Sin embargo, es de destacar que, el pensamiento de Holmes va mucho más allá, pues resaltó la importancia de la separación conceptual entre derecho y moral<sup>56</sup>, a su vez que, planteó los riesgos de una reflexión jurídica meramente lógica: “la forma y el método de la lógica satisfacen esa ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda la mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre<sup>57</sup>”. Con ello buscaba impulsar la reflexión sobre la necesidad de que los jueces también efectúen reflexiones de orden social. En el plano del estudio del derecho, la historia ocupa un lugar importante en el pensamiento de Holmes; en ello centró gran parte de su labor intelectual en una primera etapa de su carrera, pero luego se abrirá a la economía, la teoría general del derecho, la práctica judicial y las finalidades sociales de las normas.

En definitiva, el connotado juez de la Corte Suprema de Massachusetts y luego de la Corte Suprema de Estados Unidos, no solo es el gran arquitecto de los famosos votos de disidencia que constituyen hasta el día de hoy revitalizantes aportaciones al derecho constitucional, sino que además fue un académico angular en el devenir de la teoría jurídica antiformalista, que se radicalizó con sus herederos intelectuales; los realistas *stricto sensu*<sup>58</sup>.

---

Charles S. PEIRCE, quien hacía las veces de maestro de ceremonia y William James, los grandes referentes de la filosofía pragmática.

<sup>55</sup> HOLMES, Oliver W., *La Senda del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 21.

<sup>56</sup> HOLMES, *La Senda...*, p. 18 y ss.

<sup>57</sup> HOLMES, *La Senda...*, p. 29.

<sup>58</sup> “...Su punto de vista es en cierto modo complementario del de LANGDELL. Entre ambos crearían la ciencia jurídica moderna de los EE.UU. En sus dos aspectos esenciales: el formalismo y el instrumentalismo. Estos dos aspectos complementarios los definía Grant GILMORE de una manera algo diferente con estas palabras: «Si LANGDELL le dio a la nueva ciencia jurídica su metodología, Holmes, más que ningún otro, le dio su contenido». En un sentido parecido se podría decir que LANGDELL trató de construir una «jurisprudencia de conceptos» y Holmes, por su parte inició lo que sería el complemento necesario de aquella, una «jurisprudencia de intereses»”. (LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, *El formalismo...*, p. 273).

El realismo jurídico, por su parte, es un movimiento intelectual que surge en la década del veinte. Sus principales representantes han sido K. Llewellyn y J. Frank, junto a ellos, y utilizando una acepción amplia de realismo jurídico, no se puede dejar de mencionar a Roscoe Pound<sup>59</sup>.

Para exponer una imagen recurrente del realismo, me parece adecuada la siguiente: “el realismo como su propia definición sugiere está animado por un afán de anclar el estudio del fenómeno jurídico en realidades tangibles, empíricamente constatables, y, en este sentido, su atención se centrará en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de los elementos de carácter normativo que hasta entonces habían sido considerados los componentes esenciales del concepto de derecho<sup>60</sup>”.

Sin embargo, llama mi atención que uno de los aspectos del pensamiento jurídico realista que más controversia ha generado en la doctrina sea su concepción del derecho que prescinde del elemento normativo. Comprensiones como estas, sin algunas matizaciones, nos pueden conducir a verdaderas “caricaturas” pues la mayoría de los autores que integran este movimiento no despliegan mayores esfuerzos por las conceptualizaciones.

Es más, si a algo se oponían era a conceptos que redujesen la realidad jurídica: “no voy a intentar dar una definición de derecho. Si no doy la definición de otro autor, mucho menos voy a dar la mía propia. Una definición incluye y excluye a la vez. Delimita un campo. Hace que algunos temas caigan dentro del campo, mientras que otros caen fuera. Y la exclusión es casi siempre bastante arbitraria. No tengo ningún deseo de excluir nada que pueda contar como derecho<sup>61</sup>. Tanto es así, que finalmente las pocas veces que lo hicieron, al ver la incompreensión que habían generado, no hicieron más que arrepentirse<sup>62</sup>”.

---

<sup>59</sup> Principal exponente de la jurisprudencia sociológica estadounidense.

<sup>60</sup> SOLAR CAYÓN, José, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, en: VV.AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, p. 1186.

<sup>61</sup> LLEWELLYN, Karl, “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, trad. de Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, en: CASANOVA, Pompeu y MORESO, José Juan (comp.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 246.

<sup>62</sup> “Karl LLEWELLYN, con ocasión de la publicación en 1952 de *The Bramble Bush*—trabajo que ya había sido publicado privadamente en 1930—, se lamentaba amargamente de que, apoyándose exclusivamente en las trece palabras que contenía su citada definición e ignorándose el resto de la obra, los críticos le hubieran atribuido “la no creencia en

En definitiva, los realistas soslayan las conceptualizaciones esencialistas de lo jurídico. Uno de sus móviles intelectuales, precisamente, es la crítica a la forma de hacer ciencia jurídica de corte conceptualista, pues no creían en las esencias o naturalezas jurídicas encerradas en conceptos estáticos.

Por ello, propugnan el abandono de todo concepto preconstituido de derecho y su sustitución por la posible adopción de una serie de puntos focales o perspectivas de observación. Perspectivas que se corresponden con las diversas posiciones, técnicas e intereses de los distintos operadores jurídicos. El realismo pretende indicarnos que no existe una única visión objetiva que dé cuenta de la verdadera naturaleza de lo jurídico sino múltiples atalayas posibles, cada una de ellas con sus miradores y ángulos oscuros<sup>63</sup>.

Para la comprensión de ello es necesario conocer sus influencias filosóficas. Estas vienen dadas por los nuevos paradigmas epistemológicos que revolucionaban la filosofía de las ciencias, tras los descubrimientos de la física cuántica de la primera mitad del siglo XX<sup>64</sup>, y por los desarrollos de la filosofía pragmática: “que no dudará en afirmar la inextricable interrelación entre lo objetivo y los subjetivo, entre la forma de mirar y la visión resultante, desintegrando así la rígida dicotomía sujeto-objeto<sup>65</sup>”.

En este sentido, el punto focal adoptado para la investigación jurídica por la mayoría de los realistas es el del abogado y su cliente. Elección que en concordancia con lo dicho, generará la búsqueda de una teoría jurídica que describa de manera imparcial los hechos y comportamientos sociales verificables.

---

las normas, la negación de su existencia y deseabilidad, la aprobación y exaltación de la fuerza bruta, el poder arbitrario y la tiranía ilimitada, la no creencia en ideales y particularmente en la justicia”. Y confesaba, desde la perspectiva que le otorgaba el tiempo transcurrido, que ofrecer tal definición había sido un error que no volvería a cometer. Error que también había reconocido su compañero Jerome FRANK. Vid. SOLAR CAYÓN, *El concepto de Derecho...*, p. 1193. Cfr. con PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, p. 247.

<sup>63</sup> LLEWELLYN, Karl, *Una teoría...*, p. 247

<sup>64</sup> Me refiero a los avances de la física cuántica, que pusieron en tela de juicio a la física clásica, por su imposibilidad de dar una descripción del comportamiento del electrón, los nuevos problemas que trajo al terreno epistemológico se traducen en la valoración del papel del sujeto en la comprensión del objeto, surgiendo la probabilidad como mejor descripción, frente a la certeza y el determinismo.

<sup>65</sup> SOLAR CAYÓN, *El concepto de Derecho...*, p. 1195.

Ello no implica una negación del elemento normativo, que tantas veces se les ha achacado, sino que una elección metodológica, orientada a las consecuencias de las normas, expresada la idea: “por sus frutos los conoceréis”<sup>66</sup>.

Por esta vía llegan a poner en tela de juicio la tesis de la función declarativa del juez, y la operación lógico-deductiva que, supuestamente, realizan al emitir una sentencia. Al constatar que las normas no son los únicos factores que inciden en las decisiones judiciales, buscaban revelar los múltiples factores que influyen en ellas, principalmente los de carácter político, llamando la atención de los juristas a esos elementos extranormativos de influencia, que tradicionalmente no habían sido objeto de su preocupación.

Por otra parte, una faceta relevante del trabajo de estos realistas vendrá marcada por una impronta política jurídica, pues, la descripción de la realidad del derecho es para ellos una fase previa, a fin de detectar las insuficiencias y las posibilidades de actuación, el hasta qué punto lo deseable puede ser efectivamente realizable.

La reforma de las instituciones, especialmente la administración de justicia era también un tema fundamental del realismo. Manifestación de este último punto, reiteradamente citado por la doctrina es la participación que muchos de sus integrantes tuvieron en el programa de Roosevelt, *New Deal*.

Lo anterior se vincula con lo que ha sido denominado el proyecto constructivo del realismo. Si es difícil hacer generalizaciones en el ámbito de las críticas que ellos realizaron a la ciencia jurídica tradicional, más complejo es realizarlas en este ámbito.

Comprende, sin voluntad de ser una enumeración exhaustiva: la elaboración de reglas funcionales descriptivas del actuar de los jueces (frente a las reglas formales) y la desarticulación de los conceptos jurídicos tradicionales, conectándolos con las razones de política social a las que están destinados. Para posibilitar este proyecto sería necesario la recurrencia a las ciencias sociales, a su epistemología y conocimientos.

Finalmente, conectado con lo anterior, ante la posibilidad de políticas en conflicto, la elección de las que se desea que prosperen debe realizarse recurriendo a visiones políticas y morales. Este es punto sin

---

<sup>66</sup> En este sentido, SOLAR CAYÓN señala que este es uno de los pocos puntos en los cuales existe una real coincidencia entre los realistas y por ello comparte que, en este sentido, el realismo puede ser entendido como filosofía del derecho de los abogados.

duda muy complejo, respecto al cual se resaltan las distintas interpretaciones y respuestas que se manifiestan al interior del movimiento<sup>67</sup>.

Se pueden encontrar una serie de movimientos que se abocaron con distinto éxito y rigor a desarrollar el programa constructivo al que aludimos: *Policy Analysis, Law and Society, el Law and Economics* y sin duda uno de los más controvertidos: los *Critical Legal Studies* (CLS). Nos detendremos brevemente en él, pues al igual que el uso alternativo del derecho, forma parte de la disfuncional familia de las teorías críticas del derecho.

Los *Critical Legal Studies* surgen con motivo de la celebración de la conferencia sobre estudios críticos del derecho, en mayo de 1977. Sus principales promotores fueron Duncan Kennedy y David Trubek y la convocatoria apuntaba a desarrollar un enfoque crítico para el estudio del derecho en la sociedad.

En sus antecedentes, podemos encontrar una serie de sucesos marcados fundamentalmente por una serie de despidos de profesores disidentes políticos e intelectuales en Yale y por la contingencia política estadounidense de la época, principalmente la guerra de Vietnam y la crítica a cómo se había desarrollado la herencia del realismo jurídico, marcada por una sociología jurídica de corte behaviorista.

En él participaron intelectuales de connotadas universidades estadounidenses como Yale y Harvard, pero además abogados dedicados al ejercicio tradicional de la profesión que compartieron algunas de sus tesis y objetivos. Es un movimiento complejo y heterogéneo que ha recibido más críticas que elogios, según muchos por su fuerte talante crítico incomprensible, catalogado de pueril, por decir lo menos<sup>68</sup>.

Es un movimiento de clara índole política<sup>69</sup>, que centró su atención de modo importante en la forma en que se enseñaba el derecho por las corrientes jurídicas dominantes. En el ámbito teórico-jurídico

---

<sup>67</sup> PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, p. 252 y ss.

<sup>68</sup> Un texto de dicho talante crítico es, CALSAMIGLIA, Albert, "La retórica de *critical legal studies*. Impresiones de un lector español", en: *Doxa*, Nº 11, 1992., pp. 295-310

<sup>69</sup> ("Bajo estas condiciones, los juristas jóvenes sintieron la necesidad de una visión más razonable y menos comprometida de las funciones sociales del derecho y muchos de nosotros la encontramos en la vocación emergente del jurista activista-reformista, liberal pero <<anti-establishment>> que empleará las técnicas del sistema contra el propio sistema, trabajará a favor del mejoramiento de las normas sustantivas, de procedimientos más abiertos y representativos, de burocracias más sensibles a las necesidades de la gente y, en general, tratará de hacer más efectivas y reales las promesas formales

sostuvieron algunas de las tesis del realismo jurídico, principalmente la tesis de la indeterminación del derecho, enfatizando su carácter político. Su labor se centró en investigar y describir cómo opera el derecho con una función legitimadora y paralizante y criticar la falsa necesidad de las estructuras o creencias de carácter más liberal.

Para ello el giro teórico relevante vendrá dado por la apertura a las teorías sociales clásicas de Weber, Durkheim y Marx, pero posteriormente se abrirá al pensamiento de la filosofía social contemporánea, inspirado en tradiciones como: el estructuralismo francés, la fenomenología, el existencialismo y principalmente a la teoría crítica de la escuela de Frankfurt. Gran parte de las discusiones más profundas y complejas de sus integrantes vienen dadas precisamente por estas diversas vertientes filosóficas de las que bebieron.

Actualmente el movimiento está en franca decadencia. Entre las muchas razones que se esgrimen para ello, una de las más recurrentes es las dificultades de formular propuestas coherentes con las críticas que propugnaron al liberalismo, y los riesgos de hacer efectivos sus ideales<sup>70</sup>. Sin embargo, otra razón esgrimida por uno de sus máximos representantes plantea el ataque conservador concertado para eliminar a los académicos que participan del movimiento de las facultades de derecho estadounidense<sup>71</sup>.

## C.2. Algunas reflexiones críticas

El realismo jurídico ha sido centro de gran cantidad de críticas. Siguiendo las explicaciones del profesor José Solar Cayón expondré las que han tenido mayor relevancia<sup>72</sup>:

La exclusión de la normatividad y la centralización en el aspecto fáctico al definir el derecho, es decir, la consideración del derecho como un conjunto de hechos, principalmente las decisiones de los tribunales. Si se acepta este planteamiento como definidor del mo-

---

de justicias igualitarias del derecho” GORDON, Robert W. “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en *Desde otra mirada...*, p. 328.

<sup>70</sup> CARRINO, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «critical legal studies»”, trad. de Elena Beltrán Pereira, en: *Doxa*, Nº 12, 1992, p. 152.

<sup>71</sup> Me refiero a Duncan KENNEDY, en la entrevista titulada ¿Son los abogados realmente necesarios?, recogida en *Desde otra mirada...*, p. 413.

<sup>72</sup> SOLAR CAYÓN, *El concepto de Derecho...*, pp. 1188-1192.

vimiento realista, consecuentemente tendríamos que aceptar la exclusión de los criterios formales de validez como definitorios de la existencia del derecho, y sustituirlos por la aplicabilidad que los tribunales realizan, es decir, por una dimensión de la eficacia.

Dentro de los más destacados críticos de esta interpretación de los postulados del movimiento realista encontramos al propio Kantorowicz, pues en su exilio en Estados Unidos planteó duras críticas al realismo, indicando que bajo esos presupuestos las normas que nunca han llegado a ser aplicadas por los tribunales, y que no obstante ello son eficaces, caerían en la absurda paradoja de ser consideradas por un realista como no jurídicas. Sin duda que esta crítica tiene muy difícil salida.

En relación con lo anterior, si el derecho se define en conformidad con a la actuación de los operarios jurídicos, ¿cómo se explica la autoridad de dichos operarios?; ¿no están omitiendo acaso los realistas las –en jerga hartiana– reglas de adjudicación? En definitiva, si los jueces dictan las resoluciones judiciales es porque existen normas jurídicas preexistentes que los invisten de la autoridad y competencia para ello.

Luego, las críticas también se dirigieron contra la consideración del derecho como una “predicción de lo que los tribunales decidirán”, pues el carácter prescriptivo de las normas jurídicas, es decir, su naturaleza como entidades que manifiestan un deber ser para los jueces, impide que estos las vean como predicciones de su actuar, pues no indican cómo el juez decidirá, sino cómo el juez debe decidir.

Esta crítica fue formulada por Kelsen y por Hart. En el caso de este último, la crítica se sustenta en la confusión que en algunos autores realistas se produce entre su conocida distinción entre punto de vista interno y externo; más precisamente, la ignorancia del punto de vista interno. Pues si bien dicha descripción del derecho podría ser sustentada desde el punto de vista externo, no así desde el punto de vista interno, es más, si desde el punto de vista externo se puede afirmar dicha descripción es por el carácter prescriptivo del derecho.

Finalmente, otra de las críticas relevantes que se realizaron al movimiento son de carácter axiológico, pues los tachaban de reducir el derecho al terreno de lo exclusivamente fáctico, sin entender las referencias valorativas que necesariamente van unidas al derecho, entre estos críticos uno de los más connotados es Fuller<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> FULLER, Lon, *The Law in Quest Of Itself*, New Jersey, The Lawbook exchange, 2009, p. 45 y ss.

## CONSIDERACIONES FINALES

En este apartado conclusivo es importante señalar que ninguno de los movimientos antiformalistas reseñados es antinormativista, ni mucho menos anti formas jurídicas. El hilo común de todos estos autores y movimientos tan heterogéneos es el esfuerzo por conectar con la realidad social a la que está vinculado un determinado ordenamiento jurídico. Desde el antiformalismo se crítica las bondades de la lógica, como «única» vía para asumir el estudio del derecho, la máscara de neutralidad con la que el discurso jurídico muchas veces construye su contenido, la igualdad formal tan abstracta como vacía que teje los argumentos jurídicos hegemónicos.

Por ello, interesarse por el antiformalismo es en gran medida poner la mirada en temas ausentes, en personas invisibilizadas, en metodologías más exigentes, en conflictos de intereses, antes que por conflictos de interpretaciones. Es interesarse por intentar ver el mundo y no ese cielo de conceptos que el buen Ihering denunciaba.

El trabajo de los padres del antiformalismo, varios de los que han sido citados en este texto, nos permite descubrir que muchas de las críticas que hoy se pueden realizar al mundo jurídico tienen raíces bastante prolongadas y fuertes. No hay que tener miedo a montarnos sobre sus hombros, seguro que desde ahí ampliaremos nuestro horizonte.

En el plano gnoseológico, la proyección de estas discusiones se tradujo en: a. el surgimiento de un nuevo saber en torno al derecho: la sociología jurídica; b. una escuela teórico jurídica: el realismo jurídico; c. uno de los puntos de partida diversos trabajos vinculados a las teorías críticas del derecho<sup>74</sup>.

5. El antiformalismo tensa la delimitación de los ámbitos de estudio de los distintos saberes que en torno al derecho existen, lo que –grosso modo– suele ser expuesto de la siguiente manera: a la teoría jurídica le corresponde el estudio del derecho en tanto fenómeno normativo, a la filosofía del derecho le corresponde el estudio de los valores del derecho y por consiguiente su vinculación con la justicia, final-

---

<sup>74</sup> Vid. Por ejemplo, además de lo dicho a propósito de los CLS, las conexiones que el profesor Mario LOZANO, expone, entre algunos autores del movimiento del derecho libre, como KANTOROWICZ y especialmente IHERING y el movimiento de usos alternativos del derecho italiano, incluso entre estos y el derecho alternativo brasileño (“La Ley y la alzada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y Sudamérica” en *Derechos y Libertades*, 8, 2000, pp. 275-324”)

mente a la sociología jurídica, le corresponde el estudio del derecho en tanto fenómeno social. Dicha tripartición podría ser considerada acertada dependiendo de la escuela teórica jurídica a la que se adscriba o desde la que se desee trabajar. Sin duda que desde una perspectiva antiformalista se pueden manifestar objeciones. Una teoría jurídica que no asuma con seriedad el estudio de la realidad social, se quedará explicando con su pretensión de universalidad, una parcela muy reducida de lo jurídico. El desafío, no menor, es el siguiente: “cada saber acerca del derecho, por lo mismo, sin renunciar a la perspectiva que adopta ni a los métodos que convengan a esa perspectiva, no puede vivir, ni desarrollarse a espaldas de los demás saberes y debe mantener siempre un ojo puesto en los avances que en esos otros saberes vayan produciéndose, porque de ello dependerá también el afinamiento y el progreso de su propia perspectiva y métodos”<sup>75</sup>.

Finalmente, quiero señalar dos temas muy importantes desde los cuales invito a evaluar la pertinencia de lo hasta aquí dicho: Eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales y pluralismo jurídicos.

Tratándose de los derechos sociales, si nos detenemos en los diversos procesos que estos han experimentado para lograr ser eficaces, veremos diversas historias cargada de obstáculos de toda índole, los triunfos que tenemos en este ámbito están plagados de antiformalidad, de creatividad y compromiso social de los diversos profesionales del derecho que se ha vinculado con ellos<sup>76</sup>. Es decir, los pocos pero importantísimos logros que encontramos en materia de derechos sociales no habrían sido posibles, no se pueden comprender, ni se pueden intentar replicar si nos quedamos con marcos teóricos tradicionales<sup>77</sup>.

Y cito también al pluralismo jurídico porque este constituye en uno de los centros de las reflexiones sociológica, antropológica y fi-

<sup>75</sup> SQUELLA, Agustín, “*Filosofía del derecho*”, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 191.

<sup>76</sup> Un excelente desarrollo de esta tesis en: LLOREDO, Luis, “La socialización del derecho: el antiformalismo jurídico y su contribución a los derechos económicos, sociales y culturales”, en: ANSUÁTEGUI, Javier, DE ASÍS, Rafael, FERNÁNDEZ, Eusebio, PECES-BARBA, Gregorio (coords.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, vol. 1, libro 2, 2013, pp. 883-952.

<sup>77</sup> Sobre estos avances recomendando la monumental obra editada por: LANGFORD, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales tendencias emergentes en el Derecho internacional y comparado*, trad. Carlos Morales Setién Ravina, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2013.

losófica jurídica de corte antiformalista de fines del siglo XIX. Como tal no es precisamente un fenómeno contemporáneo<sup>78</sup>, pero es en el contexto de la sociedad contemporánea y sus complejidades que se ha hecho más patente y estudiado.

La tesis básica del pluralismo jurídico es: *no todo Derecho que rige al interior de un Estado tiene raíz estatal*, es decir, en un mismo Estado y espacio temporal, pueden coexistir, junto al Derecho de fuente estatal, otros órdenes jurídicos que regulan la vida social del mismo Estado: “el fenómeno del pluralismo jurídico se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del derecho... Implica la idea de que, junto al Derecho Estatal, existen otros «derechos» u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, unas veces armónicamente y otras en conflicto<sup>79</sup>”. Los ejemplos más recurrentes de pluralismo jurídico son: el derecho indígena, el derecho de las guerrillas, de grupos paramilitares, el derecho doméstico, el de los narcotraficantes, etc. Es decir, distintos grupos que dentro de un país determinado dictan su propia normativa que realmente regula sus actividades.

Como se puede ver de los ejemplos anteriormente dados, es un tema complejo. Es y seguirá siendo una demanda central de los movimientos indígenas, con exitosos avances en países como Ecuador, Bolivia y en Colombia por su Corte Constitucional. Esto es impensable desde una teoría tradicional y por ello me parece un buen ejemplo para tensionar la reflexión<sup>80</sup>.

Para finalizar, tras todas estas vueltas y revueltas, retomo la cita inicial; pienso que el antiformalismo nos puede permitir compromete-

---

<sup>78</sup> En este sentido se distingue el pluralismo jurídico clásico, que comprende la etapa colonial y busca indagar las formas de confluencia entre derecho indígena y derecho europeo. Del pluralismo jurídico postcolonial o el nuevo pluralismo jurídico referido a países industrializados, este se orienta a indagar las relaciones entre órdenes jurídicos oficiales y órdenes jurídicos que se articulan junto a él. Vid. SANTOS, Boaventura De Sousa., *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de Carlos Ramírez, Mauricio García, Elvira del Pozo y Carlos Morales, revisión de la traducción por Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2009, p. 50 y ss.

<sup>79</sup> ARNAUD, Jean André y FARIÑAS DULCE, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico* Madrid,, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 89.

<sup>80</sup> YRIGOYEN, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en RODRÍGUEZ, César (coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

ternos con la libertad, pero no solo con la libertad del hombre, heterosexual y propietario, sino que con la libertad de todos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARNAUD, Jean André y FARIÑAS Dulce, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.
- CARRINO, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «critical legal studies»”, trad. de Elena Beltrán Pereira, en: *Doxa*, Nº 12, 1992.
- CALSAMIGLIA, Albert, “La retórica de *critical legal studies*. Impresiones de un lector español”, en: *Doxa*, Nº 11, 1992.
- CICERÓN, Marco Tulio, “En defensa de Lucio Murena” en *Discursos*, trad. de Jesús Aspa Cereza, revisión de Javier Fresnillo Núñez, Madrid, Gredos, 1995.
- DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales* –5ª edición–, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2007.
- FULLER, Lon, *The Law in Quest Of Itself*, New Jersey The Lawbook exchange, 2009.
- GENY, François, “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, trad. de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2000.
- GORDON, Robert W., “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tomo I, Madrid, Uguina, 1971.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Tomo III, Madrid, Rivadeneira, 1973.
- HOLMES, Oliver W., *La Senda del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- IHERING, Rudolf, *Espíritu de derecho romano*, Revista de Occidente, Madrid, 1962.
- IHERING, Rudolf von, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomás Banzhaf, Madrid, Civitas, 1994.
- KANTOROWICZ, Hermann, “La lucha por la ciencia del derecho”, trad. de W. Goldschmidt, en: VV.AA., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- KELSEN, Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, en: *Doxa*, Nº 12, 1992.

- KENNEDY, Duncan, ¿Son los abogados realmente necesarios? [entrevista recogida] en: COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- LANGFORD, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales tendencias emergentes en el Derecho internacional y comparado*, trad. de Carlos Morales Setién Ravina, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, “El formalismo en la teoría jurídica estadounidense”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 18, 2001.
- LLEWELLYN, Karl, “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, trad. de Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, en: Casanova, Pompeu y Moreso, José Juan (comp.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994.
- LLOREDO, Luis, “La socialización del derecho: el antiformalismo jurídico y su contribución a los derechos económicos, sociales y culturales”, en: Ansuátegui, Javier, De Asís, Rafael, Fernández, Eusebio, Peces-Barba, Gregorio (coords.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, vol. 1, libro 2, 2013.
- LOZANO, Mario, “La Ley y la alzada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y Sudamérica” en: *Derechos y Libertades*, N° 8, 2000.
- PECES-BARBA, Gregorio, con la colaboración de R. DE ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS GASCÓN, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan, *El movimiento critical legal studies*, Madrid, Tecnos, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.
- RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980.
- SANTOS, Boaventura De Sousa., *Sociología Jurídica Crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de Carlos Ramírez, Mauricio García, Elvira del Pozo y Carlos Morales, revisión de la traducción por Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2009.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, “El movimiento del derecho libre”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 10, 1993.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, “Kantorowicz y la renovación jurídica”, en: *Dereito*, vol. II, N° 2, 1993.
- SOLAR CAYÓN, José, “El concepto de Derecho en el realismo americano”, en: VV.AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003.
- SQUELLA, Agustín, *Filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica, 2003.

TREVES, Renato, *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de María José Añón Roig, Manuel Atienza y Juan Antonio Pérez Lledó, Barcelona, Ariel, 1998.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “Estado Social de Derecho y decisión judicial correcta”, en *Hermenéutica Jurídica, Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Rosaristas, 1997.

YRIGROYEN, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez, César (coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.