

El formalismo en la teoría jurídica estadounidense *

Por JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ

Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. EL PRIMER FORMALISMO JURÍDICO.—2. LAS CRÍTICAS AL FORMALISMO DE LOS AUTORES PRAGMATISTAS Y REALISTAS.—3. EL FORMALISMO COMO UNA ESPECIE DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU CRÍTICA.—4. EL RENACIMIENTO DEL FORMALISMO.—5. LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS DEL FORMALISMO.—6. CONCLUSIÓN.

1. EL PRIMER FORMALISMO JURÍDICO

«Formalismo» es un término ambiguo. Dentro del pensamiento jurídico estadounidense esta palabra ha servido para designar una determinada concepción del derecho y del razonamiento jurídico, especialmente en el ámbito de la aplicación judicial¹. Los diversos significados que se le atribuyen al término han ido evolucionando a través de los años, aunque manteniendo siempre un núcleo estable común, como veremos a lo largo de estas páginas.

La etiqueta de «formalismo jurídico» (*legal formalism*) fue acuñada en el período posterior a la I Guerra Mundial, cuando surgió una

* Este trabajo ha sido posible gracias a una ayuda para la investigación concedida por la Fundación Séneca de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con la que se financió mi estancia en la Stanford Law School, Ca., USA.

¹ A veces emplearé también las palabras «adjudicación» (traducción literal de la inglesa «*adjudication*») o «enjuiciamiento», como sinónimos ambos de «aplicación judicial del derecho».

corriente antiformalista en el pensamiento jurídico norteamericano, que agrupaba a autores con una concepción pragmatista, instrumentalista y sociológica del derecho (Holmes, Pound) y que dieron paso al nacimiento del movimiento realista (Llewellyn, Frank)². La época de este primer formalismo cabe situarla a partir de la Guerra Civil y su máximo representante teórico fue Christopher C. Langdell.

Langdell es considerado el creador de la ciencia jurídica estadounidense. Como primer Decano de la Facultad de Derecho de Harvard (1870-1895) organizó los estudios de derecho en su forma actual, con una duración de tres años, y trató de dar a dichos estudios un carácter científico. En el prólogo a su libro de casos sobre contratos estableció dos premisas: que el derecho es una ciencia y que todo el material de dicha ciencia está contenido en libros impresos³. Este modelo inicial de ciencia jurídica ha sido calificado como «sistema ortodoxo clásico»⁴, pues constituyó el punto de partida y, al mismo tiempo, el punto de referencia frente al cual han tomado posición las corrientes de pensamiento posteriores.

Según dicho modelo, un sistema jurídico debe tener tres cualidades: 1) El derecho debe ser *formal*, por lo que debe producir resultados desde sí mismo, sin consideraciones materiales extrajurídicas. Para ello, el derecho ha de estar claramente determinado, de manera que las decisiones jurídicas deriven de la simple aplicación de las normas a los hechos, sin que intervenga en ningún caso la discrecionalidad judicial. 2) El derecho es un *sistema*, un todo coherente, compuesto por conceptos y principios abstractos, de los cuales se deducen de una manera lógica las reglas aplicables. 3) El derecho es un sistema *autónomo*, cuyos principios y normas proceden íntegramente de fuentes jurídicas y no de ámbitos externos, como la filosofía, la moral o la política económica, que además suelen estar sujetos a polémicas sociales⁵.

El sistema jurídico se compone, pues, de un conjunto de principios que contienen una serie de conceptos (en pequeño número, según Langdell), de donde derivan todas las reglas jurídicas necesarias para resolver la infinidad de casos que la vida social plantea en el ámbito del derecho. La exposición de tales principios y reglas constituye el núcleo de la ciencia jurídica, cumpliendo una función similar a la que cumplen en la geometría euclidiana los axiomas y teoremas, que son el fundamento teórico de los demás desarrollos científicos, que llevan hasta las concreciones más particulares⁶.

² SEBOK 1998: 57 ss.

³ MINDA 1995: 13.

⁴ Denominación dada por GREY 1983.

⁵ Véase el artículo de la nota anterior y también GREY 1996: 495-496; GREY 1999: 5.

⁶ Esta es la opinión de GREY, pero SEBOK no está de acuerdo, pues opina que el modelo geométrico sólo valdría para el proceso deductivo de aplicación de las reglas; sin embargo, la búsqueda de los conceptos se hace por medio de un proceso inductivo y, en este aspecto, el modelo que sigue Langdell es el de las ciencias naturales, como la botánica, la zoología, la física o la química (SEBOK 1998: 91).

Este modelo propuesto por Langdell estaba construido y pensado, además, desde y para el derecho común, creado por los jueces, y más concretamente para el derecho común privado sustantivo, excluyendo de él, por innecesario, tanto el derecho procesal como el derecho público y en general todo el derecho de origen legislativo (*statutes*). Para los langdellianos, el derecho constitucional era poco susceptible de un tratamiento científico, porque utilizaba conceptos no siempre claros a causa de su vaguedad, en los que la finalidad política (*purpose*) jugaba un papel interpretativo y estaban, por tanto, sujetos a controversia. Algo similar ocurría con el derecho legislado, por su carácter fortuito o casual y por la impericia jurídica que se atribuye a los legisladores, frente al dominio de la técnica jurídica que poseen los jueces. Todo ello hacía casi imposible ordenar conceptualmente un material tan refractario como aquel, ajeno a la pureza científica del derecho⁷.

El estudio del jurista debía centrarse, pues, en los conceptos y principios jurídicos de los que se extraían las reglas aplicables y aplicadas en los diversos casos. En el derecho privado estos conceptos básicos eran los de contrato, propiedad y actos ilícitos civiles (*torts*). Ha quedado como ejemplo del método langdelliano su tratamiento del tema del perfeccionamiento de un contrato, en los casos en los que la aceptación de la oferta hecha por una de las partes la realiza la parte receptora utilizando como medio el correo. La mayor parte de los tribunales (excepto en algún Estado) consideraban que la aceptación del contrato era válida desde que el receptor de la oferta enviaba por correo su aceptación a la parte que había realizado la oferta; era la regla del buzón (*mailbox rule*). Sin embargo, Langdell se remonta al concepto de promesa, que a su juicio forma parte esencial del concepto de contrato, en lo que se refiere a la aceptación de la oferta. Ahora bien, la promesa se perfecciona sólo cuando ésta es comunicada al destinatario de la misma. Por tanto, para que haya aceptación de un contrato, este debe ser comunicado al destinatario; y la comunicación sólo se produce cuando el mensaje enviado por correo no solamente es depositado en el buzón, sino que además es recibido y leído por su receptor.

Así es, expuesto muy sintéticamente, como surgió el primer formalismo en la teoría estadounidense, de la mano del surgimiento de la propia ciencia jurídica moderna en aquel país. Pero su misma forma de originarse nos muestra el significado de esta palabra, utilizada para caracterizar la concepción del derecho sostenida por Langdell y sus seguidores.

Formalismo sirve aquí, en primer lugar, para designar un método de construcción de la *ciencia jurídica*, el utilizado por Langdell, en el sentido de que él pretendía la formalización del derecho, es decir, la configuración del derecho como un conjunto sistemático y coherente

⁷ GREY 1983: 34-35; GREY 1996: 496.

de conceptos, principios y reglas, ordenados y jerarquizados, y no como una colección empírica de casos, acumulados de manera casual y fortuita, que describían simplemente las decisiones tomadas por los diversos tribunales. Su objetivo de convertir el conocimiento del derecho en una ciencia implicaba la utilización de un método inductivo y analítico, buscando en los casos particulares ya resueltos aquellos elementos comunes que eran susceptibles de generalización. Una vez abstraídos los rasgos particulares de cada caso y quedando sólo los elementos generales y abstractos, estos elementos tienen un carácter *formal*, porque se ha eliminado en ellos lo que era *material* y concreto, lo que sólo pertenecía a ese caso singular: de esta forma se obtienen los conceptos jurídicos.

En segundo lugar, y directamente ligado con lo anterior, el *formalismo* designa también un método de *aplicación del derecho*. Partiendo de los conceptos generales, principios y reglas obtenidos en el momento anterior, los nuevos casos que se presentan al juez o que examina el jurista son resueltos de una manera cuasi deductiva y automática, subsumiendo los hechos particulares nuevos en los conceptos generales que ha elaborado previamente la ciencia jurídica. Esta subsumición de lo particular en lo general, de los nuevos contenidos empíricos en las formas abstractas, es lo que hace que la adjudicación sea caracterizada como formalista.

Por consiguiente, el formalismo clásico langdelliano es concebido en primer lugar como una epistemología, que encierra una ontología jurídica, y en segundo lugar, como una metodología de aplicación del derecho. La ontología latente en su concepción de la ciencia jurídica se puede resumir en los siguientes postulados, que en parte ya hemos señalado anteriormente: 1) *Conceptualismo*: el derecho se halla estructurado como un conjunto de conceptos, reglas y principios abstractos. Esta tesis la sostienen también autores que no siguen el método formalista de obtención y aplicación lógica de los conceptos, como es el caso del juez Holmes⁸. 2) *Sistematicidad*: los conceptos, reglas y principios del derecho obtenidos por la ciencia jurídica guardan entre sí una relación de coherencia y forman un todo consistente. 3) *Objetivismo*: las reglas y principios jurídicos están claramente determinados, pues han sido fijados de manera precisa por instancias anteriores (precedentes, doctrinas, leyes) y proporcionan certeza a la aplicación del derecho. 4) *Autonomía*: el derecho es un sistema independiente y cerrado de tales conceptos y normas, que existe y funciona al margen de consideraciones extrajurídicas (morales, políticas, religiosas).

A todo esto hay que añadir que el formalismo de Langdell se refiere sólo al derecho común, es decir, a las reglas jurídicas creadas por los jueces en el proceso de enjuiciamiento; por tanto, se refiere sólo a las normas y conceptos que hallamos en los textos de las sentencias y

⁸ Minda 1995: 14 ss.

demás decisiones de los órganos judiciales. Su concepción y método formalista no se aplica al derecho legal, creado por los órganos con competencia legislativa. Sin embargo, las corrientes formalistas posteriores extenderán esta concepción cada vez más al derecho legislado, que durante el siglo xx ha ido adquiriendo más importancia y peso en el sistema jurídico norteamericano⁹.

Al mismo tiempo que Langdell instauraba el formalismo en la ciencia jurídica y en la enseñanza del derecho, un método similar se abría paso en la práctica jurídica, tanto en el ámbito del derecho privado como en las cuestiones constitucionales, que se rigen por un derecho escrito o legislativo. En este último punto tiene gran importancia el caso *Lochner v. New York*, porque fue uno de los detonantes de la reacción antiformalista. En 1905 el Tribunal Supremo de los EE.UU. resolvió declarar inconstitucional una ley del Estado de Nueva York de 1897, que fijaba en 60 horas semanales el máximo horario laboral exigible a los empleados de panadería, porque, según el Tribunal, dicha ley atentaba contra el principio de «libertad de contrato» establecido en la Constitución (*Enmienda XIV*)¹⁰. Entre los cuatro jueces que disintieron, del total de nueve, se hallaba Oliver W. Holmes, quien argumentaba que la «libertad de contrato» no se halla en la Constitución, sino que es un concepto creado por los jueces. En este punto se habría de centrar la crítica antiformalista. Según dicha crítica, la decisión adoptada mayoritariamente en la sentencia del caso *Lochner* era formalista, porque construía el concepto de libertad asociándolo con los conceptos de contrato y propiedad, formando así la regla, aplicada en este caso, de que según la Constitución hay que proteger la «libertad de contratación».

A partir de este supuesto, se formularon dos ataques principalmente contra el formalismo: 1) La realidad social es demasiado *compleja* para que pueda ser gobernada exclusivamente con reglas jurídicas; hacen falta también consideraciones extrajurídicas; aparte del término derecho hay que tener en cuenta también el otro extremo, el término sociedad. 2) El proceso de formalización del derecho, obteniendo conceptos jurídicos por vía de abstracción, deja fuera *hechos sociales* relevantes para el derecho: por ejemplo, en este caso se omiten las desigualdades de libertad y riqueza de los individuos y se priva así a muchos de ellos, concretamente a los más débiles, de una auténtica libertad de contratación¹¹. Por tanto, la crítica antiformalista se va a centrar sobre todo en estos dos aspectos: la necesidad de incluir la

⁹ En ese sentido, la labor de LANGDELL en EE.UU. fue muy parecida a la que realizó la Jurisprudencia de conceptos en Alemania en el siglo XIX, aunque LANGDELL se movía sólo en el ámbito del *common law*.

¹⁰ El texto de la *Enmienda XIV*, de donde se obtenía este concepto, dice así: «Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law». En 1917 el Tribunal Supremo cambiaría la decisión del caso *Lochner*, declarando que la fijación por ley de un límite de la jornada laboral en 10 horas no era inconstitucional (*Bunting v. Oregon*).

¹¹ Cfr. MINDA 1995: 27-28.

realidad social en la concepción y aplicación del derecho, considerando a éste como un instrumento al servicio de la sociedad (instrumentalismo, funcionalismo); el rechazo del método de abstracción como único modo de construcción de la ciencia jurídica, orientada al conocimiento y determinación de las normas jurídicas para su posterior aplicación mecánica a las nuevas situaciones.

2. LAS CRÍTICAS AL FORMALISMO DE LOS AUTORES PRAGMATISTAS Y REALISTAS

El formalismo langdelliano y lochneriano comenzó a ser objeto de críticas desde los primeros años del siglo XX, empezando por el juez Holmes. Este compartía con Langdell el intento de hacer del derecho una ciencia y también la utilización del método inductivo para la obtención de conceptos jurídicos. Pero en vez de usar un método inductivo puramente lógico o analítico, propio del formalismo, Holmes proponía sobre todo el recurso a la experiencia. «La vida del derecho –decía– no ha sido lógica: ha sido experiencia»¹². Y por experiencia entendía, no sólo los datos extraídos de las sentencias judiciales, sino todo lo que rodea a la vida del derecho: la historia, la economía, la política, la vida social, de donde había que obtener el material para formar los conceptos jurídicos. Porque concebía el derecho como un medio al servicio de las necesidades sociales.

Como miembro que fue del «Metaphysical Club» de Boston, junto con William James y Charles S. Peirce entre otros, Holmes compartía la filosofía pragmatista, que concibe la verdad y el conocimiento como un producto de las prácticas sociales y culturales. Según sus palabras, «el derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas»¹³. Por tanto, Holmes rechazaba el formalismo de Langdell en dos sentidos. Primero: la formación de conceptos jurídicos se hace inductivamente, pero no por un simple proceso de abstracción sobre un material exclusivamente jurídico dado de antemano, sino por un estudio del contexto social en el que el derecho opera, ya que los jueces no se guían sólo por reglas abstractas, sino también por consideraciones de política pública y fines sociales. Y segundo: los conceptos jurídicos no forman un sistema lógico completo, susceptible de ser usado sólo de manera deductiva; para su aplicación se necesita también del concurso de una amplia experiencia extrajurídica. Por eso recomendaba a los estudiantes de derecho el estudio de otras materias, como la economía, la estadística y la historia.

¹² Holmes 1964: 15.

¹³ *Ibidem*.

Siendo conceptualista como Langdell, sin embargo Holmes era antiformalista e inició las corrientes instrumentalista y pragmatista del pensamiento jurídico norteamericano. Su concepción del derecho culmina con su famosa teoría de la predicción: «Las profecías de lo que los jueces harán efectivamente, y nada más pretencioso que esto, es lo que yo entiendo por derecho ¹⁴». Sin embargo, el antiformalismo de Holmes no es tan radical como el de las corrientes realistas posteriores. Su punto de vista en cierto modo es complementario del de Langdell. Entre ambos crearían la ciencia jurídica moderna en 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 ¹⁵». 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» ¹⁶.

Estas dos doctrinas, *formalismo e instrumentalismo*, componen las dos caras del modernismo jurídico, que ha dominado el pensamiento norteamericano hasta bien avanzado el siglo XX ¹⁷. La primera ha tratado de hacer de la ciencia jurídica un sistema de conceptos y reglas inmutables, precisos y coherentes, para dotar de objetividad y certeza la aplicación del derecho. La segunda ha tratado de hacer que el derecho sea un instrumento flexible para la solución de los conflictos sociales, adaptándose continuamente al cambio social. Ambas doctrinas han estado casi siempre enfrentadas, a pesar de que cada una de ellas desarrolla un aspecto necesario y siempre presente en la realidad jurídica. La época en que la divergencia ha sido mayor fue el período de entreguerras, cuando la tendencia instrumentalista se desarrolló completamente en la corriente conocida como realismo jurídico.

Los predecesores del realismo (entre 1890 y 1920) pusieron las bases de la nueva orientación de la ciencia jurídica hacia el contexto social. Junto con el juez Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo criticaron la visión clásica del derecho que contemplaba a este como un sistema lógico autónomo, en el que los temas de justicia y utilidad resultaban irrelevantes. Por el contrario, estos juristas comenzaron a ver el derecho como un instrumento para el bienestar social, cuyo fundamento eran los programas y fines políticos antes que los principios jurídicos, y cuyo punto de referencia básico era la acción política, por encima de la actividad judicial. Al hilo de la fuerte industrialización y crecimiento económico de esos años y del gran desarrollo de las ciencias sociales, estos autores consideran que el derecho es una

¹⁴ HOLMES 1897: 461.

¹⁵ GILMORE 1977: 48, cit. por MINDA 1995: 16.

¹⁶ Véase también GREY 1989.

¹⁷ MINDA 1995: 20-21.

especie de mecanismo de ingeniería social. El interés de la ciencia jurídica se desplaza hacia la reforma legislativa, asesorada por expertos en cuestiones sociales y políticas, y quedan en un segundo plano los temas del razonamiento judicial y de la aplicación del derecho común¹⁸.

En segundo lugar, el realismo jurídico de los años 20 y 30 tiene en común con los tres autores citados su interés por llevar los métodos y contenidos de las ciencias sociales al estudio del derecho, así como el apoyo a las reformas legislativas. Pero desde el punto de vista científico, la actitud del realismo era totalmente contraria a la construcción de una ciencia jurídica estructurada en conceptos generales. Su foco de atención se dirige ahora hacia el proceso judicial y especialmente a la resolución de casos de derecho privado. Se despreocupan del estudio de la legislación y se centran en la figura del juez y en el proceso de adjudicación. Sobre este tema, su tesis fundamental es que los conceptos, principios y reglas jurídicas, por su carácter abstracto, no sirven para orientar la decisión de los jueces. Estos conceptos y principios elaborados por la ciencia jurídica son vacíos e indeterminados y, por tanto, inefectivos para guiar la decisión judicial. Lo que marca las decisiones judiciales son los procedimientos utilizados para llegar a ellas y los motivos subjetivos, muchas veces inconscientes, que operan en la mente del juez. En una palabra, las decisiones se basan en la intuición, en la visión personal del mundo por parte de los jueces y en sus propias ideas sobre cómo deben resolverse los conflictos sociales. «Frente a la concepción progresista de los jueces como legisladores subordinados, que consultan los principios ideales a la luz de la política para integrar las lagunas dejadas entre las reglas jurídicas por la ley y el precedente, los realistas opusieron la idea de los jueces como árbitros, cuya función social era mantener la paz resolviendo disputas potencialmente destructivas»¹⁹. El estudio sociológico de la conducta de los jueces se convertiría, así, en una de las tareas de la ciencia jurídica.

La importancia atribuida al papel de los jueces y del razonamiento judicial por parte del realismo iba en detrimento del papel que juegan las reglas jurídicas, legales o judiciales, en la aplicación del derecho.

Según Llewellyn, la racionalidad en el ámbito jurídico implica dos operaciones: Primero, elegir las premisas, construir la regla de derecho a partir del precedente judicial o de la legislación, según los casos. Segundo, aplicar razonadamente la regla obtenida al nuevo supuesto que se plantea. Frente al tipo de racionalidad puramente lógica, que considera las reglas como premisas ya dadas, fijadas por la autoridad e inmutables, él defiende una racionalidad práctica, basada en la expe-

¹⁸ GREY 1996: 498-500. En su periodización histórica, T. GREY llama a la época de Langdell «clasicista», a este período lo denomina «progresista» y al siguiente «realista».

¹⁹ GREY 1996: 501, quien cita en apoyo de esta idea a Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*) y a K. N. Llewellyn (*The Bramble Bush*).

riencia y en la actitud razonable del juez²⁰. Por consiguiente, Llewellyn atribuye al juez la competencia para fijar las reglas de derecho, elegir las premisas normativas, construirlas, tanto si estas reglas hay que buscarlas en los precedentes judiciales como en las leyes.

En esta labor de construcción de las reglas jurídicas aplicables a los casos concretos, Llewellyn propone un método a seguir por los jueces, que consiste en la toma de consideración de los siguientes factores: 1) Tener en cuenta el sentido de la situación. 2) La coherencia global del sistema jurídico. 3) Los fines perseguidos por las leyes. 4) La historia legislativa. 5) El lenguaje del texto legal²¹. Llewellyn rechaza el método de los *cánones de interpretación*, porque conducen a la falsa idea de que los casos en sí mismos más las reglas adecuadas para tratarlos proporcionan una «respuesta correcta» para resolver una disputa jurídica. Asimismo considera errónea la idea de que los textos de las leyes proporcionan por sí mismos una «respuesta correcta» a cualquier cuestión jurídica. Por consiguiente, Llewellyn rechaza tanto la validez de los cánones de interpretación de las leyes como el uso mecánico del precedente judicial, y considera estos métodos como formalistas²².

Así pues, la posición central que adopta el movimiento realista contra el formalismo, tal como la presenta K. Llewellyn, se refiere al proceso de *adjudicación* y se resume en lo siguiente: la defensa de la razón práctica frente a la lógica deductiva, tanto en la elección de premisas como en su aplicación a los hechos. El realismo rechaza la tesis formalista de que las reglas y precedentes por sí mismos produzcan resultados automáticamente. Por el contrario, los jueces no son meros aplicadores automáticos de unas reglas jurídicas ya establecidas (sean éstas de derecho judicial o legislativo), sino que ellos son los verdaderos creadores de la regla de derecho y de su aplicación concreta.

De este modo, el campo de batalla en el que se desarrolla la disputa del realismo contra el formalismo es, finalmente, el campo metodológico del razonamiento judicial o de la aplicación judicial del derecho. Sólo en un segundo momento, como un problema derivado del anterior, se plantea el tema ontológico de la concepción del derecho o la cuestión acerca de la naturaleza del derecho y de las normas jurídicas. Muchos autores han calificado la actitud del realismo en estas cuestiones como *instrumentalista*, frente a la metodología del formalismo clásico representada por Langdell²³.

La crítica realista, responsable de esta distinción entre formalismo e instrumentalismo en la aplicación del derecho, es analizada por Quevedo dividiendo el conjunto del movimiento realista en tres grupos, cada uno de los cuales aporta una visión diferente de los problemas²⁴:

²⁰ FARBER 1992: 537.

²¹ *Ibídem*.

²² *Ibídem*: 535-536. FARBER extrae estas ideas sobre todo de LLEWELLYN 1950.

²³ Por ejemplo, SUMMERS 1992a: 67 ss.

²⁴ QUEVEDO 1985: 121 ss.

1) El grupo del razonamiento judicial. Son autores que critican el estilo de razonamiento jurídico del formalismo (y del Derecho natural) decimonónico, por defender la existencia de reglas rígidas e inmutables, el deductivismo lógico y el mecanicismo de las decisiones judiciales a partir de dichas reglas y su conservadurismo, no adaptándose al rápido cambio de las circunstancias sociales. Los autores citados en este grupo son Holmes (*The Common Law*, 1881), Cardozo (*The Nature of the Judicial Process*, 1921), Frank y Llewellyn (*The Common Law Tradition*, 1960).

2) El grupo reformista político liberal lo componen autores que tratan de adaptar la doctrina jurídica a las condiciones sociales de la época en temas tales como el procedimiento civil (Clark), cuestiones de derecho mercantil (Llewellyn, Hamilton), la legislación antitrust (Arnold), responsabilidad civil (*Federal Torts Claim Act*) y el derecho constitucional.

3) El grupo de la ciencia social, que unificaba a los dos anteriores, proponía incorporar la metodología de las ciencias sociales al estudio del derecho para adecuarlo al contexto social; es el movimiento *Law in action*²⁵.

Estos tres grupos de realistas tienen en común su crítica al formalismo jurídico por dos razones básicamente: a) El formalismo es deductivista y considera que el único contenido del derecho son los resultados de la deducción lógica obtenidos a partir de reglas preexistentes. b) El formalismo es políticamente conservador, porque mira al pasado y olvida que el sistema jurídico está conectado con el sistema social, como instrumento suyo, para conseguir que el sistema social funcione mejor, aumente su cohesión y sea más justo.

El realismo rechaza la idea de la inmutabilidad del derecho y el deductivismo lógico, defendiendo a cambio la idea de que el derecho es un fenómeno social y un instrumento del cambio social.

Sin embargo, ni los autores realistas ni los estudiosos del pensamiento jurídico de esta época han explicado las verdaderas diferencias existentes entre formalismo por un lado y realismo-instrumentalismo por otro. Muchos autores piensan que el formalismo fue sólo un hombre de paja creado por el movimiento realista para atacar las posiciones políticas conservadoras²⁶. Ahora bien, según Quevedo, nadie ha aclarado la cuestión de si el formalismo y el instrumentalismo son simplemente métodos diferentes de razonamiento jurídico o diferentes teorías del derecho²⁷. Ni tampoco han aclarado qué relación existe entre la respectiva teoría del derecho y su método de razonamiento. A falta de una diferenciación clara entre ambas

²⁵ Esta frase fue acuñada por ROSCOE POUND en su artículo «Law in Books and Law in Action», 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910). Cfr. QUEVEDO 1985: 123, núm. 17.

²⁶ QUEVEDO 1985: 124; SEBOK 1998: 3.

²⁷ QUEVEDO 1985: 124-125.

corrientes, lo único que aparece claro en los estudios historiográficos es que formalismo e instrumentalismo hacen afirmaciones opuestas en los tratados doctrinales y en la parte argumentativa de las sentencias judiciales²⁸.

Así pues, tanto el formalismo como el instrumentalismo y el realismo jurídico son en primer lugar metodologías o teorías del razonamiento jurídico que persiguen un doble objetivo: a) Construir la ciencia jurídica, entendida como el conocimiento cierto de las normas vigentes y, en su caso, de los contextos sociales, para b) la correcta aplicación de las mismas a los casos particulares. Sólo en segundo lugar y de forma derivada construyen teorías ontológicas o concepciones sobre la naturaleza del derecho. En este último aspecto, el formalismo adopta básicamente posiciones propias de un positivismo legalista, mientras que el realismo adopta sobre todo posiciones cercanas a un positivismo sociologista. El iusnaturalismo, por su parte, no se halla identificado plenamente con ninguna de estas dos corrientes.

3. EL FORMALISMO COMO UNA ESPECIE DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU CRÍTICA

Quizá porque los grandes creadores de la teoría jurídica norteamericana han sido sobre todo autores ligados a las corrientes del pragmatismo filosófico y del realismo jurídico (Holmes, Cardozo, Pound, Llewellyn), lo cierto es que el término «formalismo» ha tenido siempre allí un sentido peyorativo. Algo similar ha ocurrido con el positivismo jurídico. Aunque el formalismo es sobre todo una teoría de la adjudicación (metodológica) y el positivismo es una teoría del derecho (ontológica) en sentido estricto, de algún modo el formalismo clásico langdelliano sirvió para introducir la concepción positivista solapadamente en la teoría estadounidense. Esta es la tesis, bastante aceptable en ese aspecto, defendida por A. Sebok en su libro ya citado. Según este autor, los «alias» o nombres de guerra del iuspositivismo antes de 1927 y 1940 fueron el formalismo y la jurisprudencia analítica de Bentham y Austin. Por eso, el formalismo constituye en realidad, según este autor, una subespecie del positivismo jurídico²⁹.

Antes de 1927 no existía una concepción clara del positivismo jurídico en Estados Unidos. R. Pound asimilaba este concepto con el positivismo sociológico de Comte y de Spencer, aunque en el ámbito de la jurisprudencia también incluía en dicha corriente a Bentham. Es a partir de aquella fecha cuando Morris Cohen y Hessel Yntema, desde

²⁸ *Ibidem*: 134.

²⁹ SEBOK 1998: 2-3.

diversos puntos de vista, contribuyeron a fijar los rasgos del positivismo jurídico como una concepción que separa derecho y moral y que concibe el derecho como un sistema autoritario de reglas³⁰. Esta concepción, junto con los rasgos propios del formalismo, es la que sería objeto de ataque por parte de R. Pound y de los realistas. En síntesis, sumando la teoría ontológica y la teoría de la adjudicación, el positivismo-formalismo era visto por estos autores como un conglomerado de las siguientes tesis: el derecho es un mandato; el sistema jurídico es un conjunto de reglas cerrado, estructurado lógicamente, autónomo y omnisuficiente; los jueces son autómatas que aplican las reglas de este sistema y lo hacen de manera mecánica³¹. Obviamente, fuera correcta o no esta caracterización, ellos rechazaban todas esas tesis.

A partir de 1940, Lon Fuller consolida la visión negativa del positivismo en la teoría estadounidense, añadiendo a los rasgos anteriores el que se considera más esencial: la separación del derecho y la moral. Según su opinión, este rasgo es común tanto al positivismo como al realismo, y como ello aproxima a dichas corrientes a la ideología de los Estados totalitarios, Fuller rechazaba por igual ambas concepciones del derecho, propugnando en su lugar una concepción jurídica de corte iusnaturalista³². De esta manera, a la polémica entre realistas y positivistas se añadía ahora un tercer punto de vista, que abriría el debate entre positivismo y iusnaturalismo en las dos décadas siguientes³³.

A mediados de siglo, pues, el formalismo jurídico era considerado en los EE.UU. una teoría del derecho y una teoría de la adjudicación equivalente a o integrada en el positivismo jurídico, a la cual se oponían realistas y iusnaturalistas. Sin embargo, el principal representante del positivismo en el mundo anglosajón, H. L. A. Hart, se ocupó de desmontar esta equivalencia y avanzó en la clarificación del concepto de formalismo jurídico. En su obra principal *The Concept of Law* (1961) trata de cuatro cuestiones principales: la naturaleza de las normas jurídicas, sus clases y articulación para formar un sistema jurídico, la interpretación semántica de las normas y la relación del derecho con la moral. Aunque todos estos temas tienen que ver con una teoría del derecho, el punto tercero es el que enlaza más directamente con una teoría de la adjudicación, pues trata de ciertos problemas que se plantean al intentar cumplir el derecho y, sobre todo, al ser aplicado este por parte de los jueces y otros órganos. Esta cuestión está contenida en el capítulo VII, en donde hallamos tres conceptos principales: la textura abierta, el formalismo y el escepticismo ante las reglas.

³⁰ *Ibidem*: 40.

³¹ *Ibidem*: 42-44.

³² *Ibidem*: 20-21.

³³ La polémica más importante fue la que tuvo lugar entre FULLER y HART; véanse sus respectivos escritos de 1958.

Dice Hart que en los grupos sociales grandes el control social se efectúa principalmente a través de reglas, pautas y principios generales que indican a todo el grupo lo que se debe hacer en cada momento. El derecho se compone de este tipo de reglas y pautas de conducta. Pero por ser generales, los términos empleados en tales reglas se refieren a clases de personas y a clases de actos y cosas, de modo que cada individuo pueda incluir los actos y cosas particulares de su propia conducta dentro de la extensión de los términos generales usados en las reglas. Los dos recursos que usa el derecho, legislación y precedente judicial, son formas diferentes de establecer reglas generales, aunque la legislación hace un uso máximo de términos generales y el precedente hace un uso mínimo, pues obtiene reglas a partir de las circunstancias concretas de cada caso. Pero en ambos casos existe un cierto grado de *indeterminación*, que es inherente al uso de términos generales, ya que en ciertos casos límite no se sabe si una actividad concreta se halla incluida o no en la extensión del término que se usa. En el famoso ejemplo de la prohibición de entrada de «vehículos» en un parque, sabemos que un automóvil sí es un vehículo, pero no sabemos si un patín de niño es un vehículo o no. Esta indeterminación no puede ser eliminada simplemente con cánones de interpretación, pues éstos también se expresan en términos generales.

Este carácter de indeterminación que poseen las pautas y reglas generales es lo que Hart llama su «textura abierta», a causa de la inclusión en ellas de términos clasificatorios generales. De modo que, cuando se aplica una regla general a una situación particular, hallamos siempre en los términos usados un «núcleo claro de significado», que permite resolver casos fáciles, pero también hay en ellos una «zona de penumbra» que nos plantea dificultades en la resolución. En este último caso se manifiesta más claramente que en ningún otro que el aplicador del derecho tiene que ejercitar una opción, elegir entre varias decisiones (*choice of decision*). El juez tiene un margen de discrecionalidad para tomar sus decisiones. Esta circunstancia es la que provoca dos distintas actitudes ante el tema de la aplicación del derecho. Por un lado, el *formalismo*; por otro, el *escepticismo* ante las reglas.

Dice Hart: «El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida³⁴». El formalismo es así la actitud teórica según la cual las reglas tienen siempre un significado fijo y determinado para todos los casos. Por el lado contrario está la actitud del «escepticismo ante las reglas», según la cual las reglas no tienen ningún papel en el ámbito jurídico: «hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste

³⁴ Hart 1980: 161.

simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas»³⁵. Para los defensores de esta segunda posición, el derecho son sólo las decisiones de los tribunales; las leyes no son derecho, sino únicamente fuentes del derecho.

Las dos posiciones descritas se refieren claramente: la segunda (escepticismo), a las tesis defendidas por la corriente realista americana y en cierto modo también a las de la corriente iusnaturalista; la primera (formalismo) se refiere a un sector del positivismo jurídico, pero que no es obviamente el sector representado por el propio Hart.

Extrayendo conclusiones de esta distinción hecha por Hart entre formalismo y escepticismo ante las reglas, el profesor David Lyons considera que la única diferencia entre ambas concepciones jurídicas es que para los formalistas el derecho no tiene lagunas, o sea, ellos no admiten que exista una textura abierta en las reglas; mientras que para los escépticos (o instrumentalistas) las fuentes autoritarias (*authoritative*) del derecho, o sea, las reglas jurídicas legales o judiciales, tienen lagunas, son insuficientes desde el punto de vista lógico para decidir todos los casos que se presentan ante los jueces³⁶.

A juicio de Quevedo, el modelo de Hart y las consecuencias que extrae Lyons del mismo, a pesar de que suponen un avance en la tarea de clarificación de lo que es el formalismo, resultan insuficientes para dar cuenta de lo que esta concepción representa y también de las críticas que formula contra ella la concepción opuesta del instrumentalismo. Pues estos autores, y en especial Lyons, minimizan las diferencias entre ambas concepciones, reduciéndolas a una simple cuestión: que los formalistas no tienen en cuenta los fines sociales en la interpretación de las normas jurídicas y los instrumentalistas sí, pero éstos en cambio caen en el vicio de la hipergeneralización y la confusión lógica cuando critican las prácticas judiciales³⁷.

Dejando a un lado las diversas formas de concebir el derecho por parte del positivismo y del realismo jurídico americano y centrándonos sólo en los métodos de adjudicación, *formalismo* e *instrumentalismo* aparecen como dos estilos diferentes de razonamiento jurídico en la aplicación del derecho. Cada uno de estos estilos tiene tres significados contrapuestos. Según Quevedo, el significado primario y focal de ambos se refiere a la decisión en un *caso particular*. El formalista piensa que un determinado concepto, usado tradicionalmente, sigue siendo plenamente válido para aplicarlo a la situación presente; por tanto, el formalista toma la regla de derecho vigente, tal como está formulada en la ley o en un caso precedente, y la aplica tal cual, de la misma manera que en la ocasión anterior, considerando que esa regla y sus conceptos no han envejecido ni caducado todavía. El instrumentalista, en cambio, tiende a considerar que dicha regla y sus conceptos

³⁵ *Ibidem*: 170.

³⁶ LYONS 1981: 949-950; cit. por QUEVEDO 1985: 137-138.

³⁷ QUEVEDO 1985: 138-139.

han envejecido y debe ser reformada o sustituida por otra regla diferente. Esta concepción se basa en la hipótesis de que los conceptos tienen vida propia y, por tanto, están sujetos a nacimiento, envejecimiento y muerte.

El segundo significado del formalismo y del instrumentalismo es una generalización del anterior y se refiere a la *metodología general* de aplicación del derecho. Se llama formalista al juez u operador jurídico que habitualmente aplica los conceptos y reglas del derecho en su sentido tradicional, considerando que tales conceptos y reglas siguen siendo jóvenes y válidos para las nuevas situaciones. El instrumentalista es el que actúa habitualmente considerando que los conceptos han envejecido o caducado y que, por tanto, hay que proceder a renovarlos o sustituirlos por otros.

El tercer significado de los términos citados busca establecer la causa de la aplicación de ambas metodologías generales: por qué unos siguen el método formalista y otros el método instrumentalista. La causa que origina la aplicación de estos dos métodos contrapuestos se halla en dos *concepciones* distintas del derecho: para el formalista el fin del derecho es conservar las viejas reglas (conservador) y para el instrumentalista el derecho debe adaptarse a las nuevas y cambiantes necesidades sociales (progresista). También se pueden considerar otros fines del derecho, como primar el valor de la seguridad frente al de la libertad, o viceversa³⁸.

Como conclusión, las divergencias entre formalismo e instrumentalismo se pueden dar en tres niveles sucesivos: Primero, a la hora de tomar una decisión en un caso particular. Segundo, como un estilo general de razonamiento judicial. Tercero, como una teoría jurídica general que determina, a su vez, la adopción de diferentes estilos de razonamiento en la aplicación del derecho. En resumen, lo que no explican ni Hart ni Lyons y lo que hay que tener en cuenta es que los conceptos incluidos en las reglas y, por tanto, las reglas mismas, tienen una edad, evolucionan y, por consiguiente, pasan de ser reglas vivas a ser reglas muertas. La tarea de los jueces consiste, por tanto, en ser capaces de conocer cuándo un concepto incluido en una regla está definitivamente muerto y, por tanto, cuándo hay que dejar de aplicarlo y sustituirlo por otro concepto y otra regla nueva. Así pues, la relación entre formalismo e instrumentalismo es de carácter histórico: cuando surgen reglas nuevas, sus conceptos son plenamente aplicables (formalismo), y cuando pasa un cierto tiempo o cambian las circunstancias de hecho, estos conceptos ya no son aplicables, por lo cual surge la reacción antiformalista, que rechaza la preexistencia de reglas fijas y su aplicación automática a las nuevas realidades sociales (instrumentalismo, realismo jurídico)³⁹.

³⁸ *Ibidem*: 147-150. La última consideración es un añadido mío.

³⁹ *Ibidem*: 150-151.

Como conclusión: la crítica de los realistas al formalismo decimonónico se basaba en estos tres sentidos de la oposición formalismo-instrumentalismo. En efecto, los realistas consideraban que los conceptos jurídicos elaborados a partir de hechos anteriores estaban caducados y no podían aplicarse a los nuevos hechos que se plantean en la vida social. La actividad judicial, según ellos, debe ser vista como un proceso de adaptación continua a los cambios sociales (*law in action*) y no como un procedimiento de aplicación mecánica de conceptos intemporales, extraídos de leyes o de casos resueltos anteriormente. El método de construcción de categorías y conceptos jurídicos sobre casos precedentes no tiene una base empírica, pues los hechos nuevos que se presentan no son los mismos que ya acaecieron. Si el derecho debe basarse en la experiencia, el método formalista debe ser desechado, porque es antiempírico. El formalismo tiende a elaborar concepciones fijas del derecho y a deducir de ellas simplemente las soluciones a los casos nuevos. Así es como se ha llegado a la conclusión de que el derecho es un cuerpo de reglas. Pero para el realismo tal conclusión es obviamente falsa, porque reduce el derecho a ser una letra muerta. En su lugar, los realistas proponen un punto de vista sociológico: el derecho tiene siempre como fin la utilidad social y su objetivo es dar una solución correcta –justa– a cada caso particular que se le plantea. El realismo, en suma, rechaza el método jurídico de la deducción lógica, que encierra una concepción conservadora del derecho, y en su lugar propone un método empirista, que concibe el derecho como un instrumento del cambio social a través de la actualización permanente de todas las normas jurídicas, sean éstas de origen judicial o legislativo⁴⁰.

4. EL RENACIMIENTO DEL FORMALISMO

Neil Duxbury rechaza en su libro⁴¹ la visión pendular que sostienen la mayoría de los estudiosos de la teoría jurídica en EE.UU., según la cual a una época formalista le sucede otra realista y a esta de nuevo otra formalista, y así sucesivamente, de manera que ambas corrientes se van alternando y criticando mutuamente sus posiciones a

⁴⁰ Ibídem: 154. Las referencias principales para comprobar esta crítica del movimiento realista al formalismo son: R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 1908; *The Theory of Judicial Decision*, 1923; OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, 1928; LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence*, 1930; *Some Realism about Realism*, 1931; J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1930; M. COHEN, «The Process of Judicial Legislation», *American Law Review* 48: 161 (1914). Hay otra versión, más amplia y también más confusa, del instrumentalismo norteamericano, que es la propuesta por Summers en diversos trabajos; a título de ejemplo, véase SUMMERS 1992a: 67 ss. y Summers 1981.

⁴¹ DUXBURY 1995: 2.

lo largo de la historia del pensamiento jurídico de aquel país. Este movimiento pendular puede no ser exacto ni riguroso, pues en la práctica también entran en juego otras concepciones jurídicas, aparte de las dos citadas, y además no siempre son exactamente iguales las diversas formas de realismo y formalismo que se suceden en el tiempo.

Este último es el caso de la nueva ola, supuestamente formalista, que se abrió en los años 50 con la escuela del *Legal Process*. Esta escuela, representada sobre todo por los profesores de Harvard Henry M. Hart y Albert M. Sacks, es considerada generalmente como una nueva versión del formalismo y también como una forma (mejorada) de positivismo⁴². Pero, al mismo tiempo, hay quien opina que los juristas del *Legal Process* lo que hicieron en realidad fue seguir y perfeccionar el camino trazado por el realismo jurídico y, más concretamente, por su ala progresista (incluyendo a Holmes, Pound, Llewellyn, Frank), diferenciándola, eso sí, del ala realista radical (Felix Cohen, Walter W. Cook, R. Hale...) ⁴³.

Estas dos opiniones, aparentemente contrapuestas, ponen de manifiesto que el formalismo jurídico de los años 50 tiene caracteres nuevos que lo diferencian del formalismo clásico y que en su formulación ejercieron gran influencia las tesis instrumentalistas del período anterior. Se puede trazar así un mapa en el cual aparecerían como posiciones extremas y enfrentadas el formalismo clásico langdelliano-lochneriano frente al realismo radical (F. Cohen), y como posiciones intermedias el formalismo del *Legal Process* frente al realismo progresista (Llewellyn). Según esta opinión, sostenida por G. Minda, el ala progresista del realismo habría tenido su continuación no sólo en la escuela del *Legal Process* y en la de los Derechos Fundamentales de los años 60, sino también en la corriente del Análisis Económico del Derecho. Mientras que, por otro lado, el ala radical del realismo habría encontrado su desarrollo posterior en los autores de *Critical Legal Studies*.

Así pues, las nuevas corrientes jurídicas que se inician en la segunda mitad del siglo XX en EE.UU., lo que Minda llama la «moderna jurisprudencia conceptual», asumen la herencia realista o instrumentalista, que concibe el derecho como un instrumento al servicio de fines sociales, pero al mismo tiempo abandonan la actitud radical de escepticismo ante las reglas y, por tanto, adoptan el punto de vista de que el derecho puede alcanzar un cierto grado de objetividad y determinación, y también que posee una cierta autonomía respecto de los fenómenos sociales, políticos y económicos, en función de los cuales opera el derecho. La primera de estas corrientes, la escuela del

⁴² Según SEBOK 1998: 112. La obra fundacional de este movimiento es el libro de HART y SACKS editado en 1994, pero el texto estaba disponible en edición mult copiada desde los años 50 para uso de los estudiantes en las Facultades de Derecho.

⁴³ Esta es la tesis de MINDA 1995: 28-31.

Legal Process, puede ser vista así como el primer resultado de una confluencia entre el formalismo langdelliano y el instrumentalismo⁴⁴.

La propuesta básica del instrumentalismo, que, en palabras de R. Pound, definía la jurisprudencia como una «ciencia de ingeniería social»⁴⁵, se complementaba con esta otra: «El derecho (*law*) es el conjunto de conocimientos y de experiencia con cuya ayuda esta parte de ingeniería social puede llevarse a cabo». Pero a continuación, Pound concebía el derecho como «algo más que un cuerpo de reglas. Consiste en reglas, principios, conceptos y *standards* para la conducta y la decisión; pero también consiste en doctrinas y formas de pensamiento profesional y de reglas de arte profesionales...»⁴⁶. De manera que no es incompatible, partiendo de presupuestos instrumentalistas, tratar de construir una ciencia jurídica que conciba el derecho como un conjunto de reglas y principios con un cierto grado de objetividad, determinación, coherencia, autonomía, y que trate de expresar todo ello en conceptos bajo los cuales puedan encuadrarse las conductas humanas y las correspondientes decisiones judiciales.

Asumiendo, pues, que el objetivo del derecho es la realización de fines sociales, Hart y Sacks se centran en la tarea de descubrir cuál es la mejor forma de llevar a cabo este objetivo. Desde ese punto de vista, ponen la atención principalmente en el *procedimiento* que siguen los jueces y en que sus decisiones deben basarse en principios. La resolución de disputas jurídicas adopta una forma institucional: cada órgano jurisdiccional es competente para resolver los litigios que le corresponden según la naturaleza del caso. Este es el punto de partida de su concepción del derecho como un mecanismo institucional de resolución de conflictos (*institutional settlement*). Así pues, de los dos elementos que componen el derecho, proceso y sustancia, el más determinante es el proceso.

Una vez que el tema se ha planteado en la instancia adecuada, el juez aplica el derecho partiendo de las normas y principios que regulan el asunto, bien sean normas legislativas o precedentes judiciales, bien sean de derecho público o de derecho privado. Este es el segundo elemento, la *sustancia*, con el que se plantea la exigencia principal, dirigida al órgano que debe tomar la decisión: toda resolución ha de ajustarse al principio de «elaboración razonada» (*reasoned elaboration*). Según este principio, los jueces están obligados a justificar sus decisiones siguiendo dos pautas: A) Consistencia o uniformidad: los casos iguales deben ser tratados de igual manera. B) Propósito o finalidad (*purpose*): las normas jurídicas tienen siempre alguna finalidad, cuyo descubrimiento compete al aplicador del derecho y que debe ser tomada como base del razonamiento jurídico que justifique la decisión a adoptar. Por tanto, la escuela del Process, aunque reinicia una

⁴⁴ *Ibídem*: 33.

⁴⁵ POUND 1950: 200.

⁴⁶ *Ibídem*: 206.

nueva etapa del formalismo jurídico, acepta también la idea de los realistas de que el derecho está ligado de manera esencial a la consecución de fines sociales. Lo que diferencia a los procesalistas de los realistas anteriores es que para estos últimos el derecho era una ciencia social y, por tanto, sus métodos debían acercarse a los de la sociología, mientras que los formalistas se mantienen en el camino de la jurisprudencia clásica. En otras palabras, para los nuevos formalistas, aunque el derecho debe estar orientado a fines y consecuencias sociales, sin embargo debe regirse por normas y principios establecidos dogmáticamente.

Por tanto, el principio de la elaboración razonada formulado por los juristas del Legal Process encierra dos aspectos que caracterizan al nuevo formalismo: *consistencia* y *finalidad* de las reglas, como requisitos ambos esenciales de la aplicación judicial del derecho. Pero estos dos aspectos hay que buscarlos y exponerlos razonadamente a partir de las propias normas jurídicas preexistentes. Por eso, la escuela del Legal Process acomete una distinción entre diversos tipos de reglas, cuestión que ya se había planteado en el ámbito del positivismo e incluso en el realismo jurídico⁴⁷. Hart y Sacks distinguen entre normas que son reglas (*laws-rules*) y normas que son standards (*laws-standards*). Las primeras tienen un sentido preciso y para aplicarlas sólo hay que determinar los hechos: por ejemplo, se prohíbe circular a más de 60 km/hora. Las segundas, en cambio, adolecen de una cierta vaguedad y, por tanto, necesitan que se precise su sentido atendiendo a aspectos cualitativos difíciles de determinar: por ejemplo, apreciar la diligencia debida en un caso de responsabilidad por daños. Esta distinción es muy útil para cumplir con el criterio de la *consistencia*, ya que en el caso de las reglas el tratamiento de cada asunto es casi automático, mientras que en el de los standards se requiere una ponderación mayor de los hechos.

Por lo que respecta al criterio de la *finalidad*, Hart y Sacks distinguen dos tipos de fines o *purposes* que se suelen dar dentro de las normas jurídicas. Unos son los llamados principios (*principles*), que son simples descripciones de los objetivos que se trata de conseguir; por ejemplo, el pleno empleo. Otros son las llamadas políticas (*policies*), que son propuestas de los resultados que deberían obtenerse, exponiendo también las razones por las cuales habría que llegar a tales resultados⁴⁸; por ejemplo, la elaboración de un plan concreto para avanzar hacia el pleno empleo.

⁴⁷ LLEWELLYN, citando a POUND, distingue: preceptos, que se dividen en reglas y principios; standards, que son parecidos a los principios; ideales, y conceptos; a todo ello hay que añadir las técnicas para desarrollar y aplicar preceptos (LLEWELLYN 1930: 434). Véase también la nota anterior.

⁴⁸ Según la exposición de SEBOK: *Principle* «is simply a statement of an objective». *Policy*: «it asserts that the result ought to be achieved and includes... a statement of the reasons why it would be achieved» (SEBOK 1998: 139).

Con todo ello, los autores del Legal Process reconducen la temática del realismo y el instrumentalismo, que se había preocupado sobre todo de hacer de la jurisprudencia una ciencia de fines, orientada a los resultados sociales y guiada por objetivos políticos, hacia el problema de las *normas* y su adecuada interpretación y aplicación por parte de los jueces. La ciencia jurídica se concentra así en el fenómeno normativo y lo que pone en primer lugar es el problema de la *discrecionalidad* en la aplicación del derecho a través de la elaboración razonada de las decisiones en todos sus ámbitos: legislativo, judicial, privado, constitucional y administrativo. El proceso jurídico atraviesa todas las instancias de la vida del derecho: cumplimiento o incumplimiento de las reglas por parte de los ciudadanos, solución de disputas por medios arbitrales o judiciales, apelaciones ante órganos superiores, revisión judicial, etc. El derecho es visto por esta nueva corriente como una combinación de aspectos procesales y sustantivos, articulados siempre en torno a las normas jurídicas en todas sus variantes y a la correcta (razonada) aplicación de las mismas en sede jurisdiccional o administrativa. De esta forma, se vuelve, por una vía más amplia, a los problemas planteados por el formalismo clásico, pero ahora ya no se trata de la aplicación mecánica de reglas y conceptos, sino del control de la *discreción* de los órganos decisores. El derecho vuelve a ser visto como conjunto de normas, la *rule of law* recobra su protagonismo y el problema central de la teoría jurídica se traslada ahora hacia la consideración de estas normas como límites de la discrecionalidad judicial, guiada por los principios de consistencia y finalidad (*purposes*), a la ponderación de los principios y políticas incrustados en las normas y a la exposición de todo ello en los razonamientos que acompañan a las decisiones judiciales⁴⁹. En este sentido se ha podido hablar de que la nueva corriente consigue realizar una síntesis de las doctrinas formalista e instrumentalista en la jurisprudencia estadounidense⁵⁰.

Pero la nueva tendencia no estuvo exenta de problemas y el principal de ellos surgió de sus propias filas. En los años 50 el Tribunal Supremo de los EE.UU., encabezado por el Juez Earl Warren (1953-1969), dictó una serie de sentencias de corte progresista, entre ellas la famosa decisión de declarar injusta la segregación racial en las escuelas, plasmada en la sentencia del caso *Brown v. Board of Education* (1954). Pero algunos seguidores de Legal Process criticaron esta sentencia, porque, según ellos, no cumplía con los requisitos de la doctrina establecida por la escuela. Achacaban a la sentencia el no estar debidamente basada en principios, sino orientada hacia los resultados y, por tanto, el estar dirigida por miras políticas y no por fundamentos normativos elaborados razonadamente. En conclusión, estos críticos

⁴⁹ *Ibidem*: 176-178.

⁵⁰ MINDA 1995: 36.

consideraban que *Brown* presentaba los mismos defectos que la sentencia dictada en sentido contrario medio siglo antes (*Plessy v. Ferguson*, 1896), que había declarado legal la segregación escolar de los negros, ya que —decían los críticos— ambas decisiones se habían adoptado sin recurrir a fundamentos normativos, sino apoyándose sólo en razones políticas de oportunidad. Y, sin embargo, en las dos sentencias los jueces enmascaraban su decisión, alegando que lo único que hacían era interpretar y aplicar la Constitución, o sea, actuar de acuerdo con las normas.

El punto álgido de estas críticas lo alcanzó Herbert Wechsler con una conferencia pronunciada en Harvard en 1959 bajo el título *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*⁵¹. Su ataque se dirigía contra las decisiones del Tribunal Warren a favor de los derechos civiles, pero no por el contenido de aquellas, sino por el procedimiento seguido por el Tribunal, que, según Wechsler, había consistido en tomar las decisiones guiándose por los resultados y no por «principios neutrales»; los jueces habrían tomado sus decisiones simplemente porque los resultados que se obtenían con ellas eran acordes con los fines políticos que ellos mismos compartían. Recordando los dos elementos básicos de la doctrina del Legal Process, *consistencia* y *finalidad*, Wechsler sostenía que los jueces deben tratar todos los casos por igual (consistencia) y que deben razonar sus decisiones a partir de principios, o sea, teniendo en cuenta los propósitos o fines de las normas (finalidad), pero nunca deben guiarse por los resultados sociales que se espera obtener a raíz de la sentencia.

La teoría de los «principios neutrales» formulada aquí por Wechsler era una prolongación de la teoría de la «elaboración razonada» de Hart y Sacks⁵². Sin embargo, la crítica de Wechsler dejaba en mal lugar a la escuela del Process, porque a partir de entonces la doctrina de esta escuela habría de ser vista como favorecedora de posiciones políticas conservadoras y contraria a la defensa de los derechos civiles, es decir, contraria a lo que estaba haciendo el Tribunal Warren. Esta acusación de conservadurismo tuvo éxito, a pesar de que Sacks había defendido la decisión progresista adoptada por el Tribunal Supremo en el caso *Brown* en 1954, y que otros autores, como Martin Golding, trataron de adaptar la teoría de los principios neutrales a la doctrina inicialmente expuesta por Hart y Sacks. De todo ello surgiría una importante discusión sobre el papel central de las normas en la tarea de la aplicación judicial del derecho; sobre los diversos tipos de normas: reglas, standards, principios y políticas; sobre las dificultades de interpretación que presenta cada uno de estos tipos, y sobre la manera como las normas limitan o no el poder de decisión de los jueces; en síntesis, el tema de la discreción judicial, su alcance, control y límites.

⁵¹ Publicado en 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

⁵² Cfr. MINDA 1995: 38; SEBOK 1998: 179-182.

La temática que acabamos de apuntar pasó a primer plano, dejando en suspenso las preocupaciones de la época anterior, que se centraban en hacer de la jurisprudencia una ciencia social, con los métodos propios de dichas ciencias. La ciencia jurídica retoma, pues, a partir de estos años, la preocupación por la *fijación, sistematización e interpretación* del derecho de cara a su aplicación, volviendo a utilizar, depurándolos, los métodos tradicionales de la jurisprudencia dogmática. Por estas razones, podemos decir que triunfa de nuevo el enfoque formalista en la concepción del derecho y en el método de la ciencia jurídica. Sin embargo, los rasgos de este nuevo formalismo de los años 50 y 60 no coinciden ya exactamente con los de la época de Langdell, pues ahora han sido asumidos por parte de los juristas los temas sociales, como propugnaba la doctrina realista y, por tanto, el derecho ya no es considerado como una pura forma, como una serie de conceptos estrictamente jurídicos, vacíos de cualquier contenido político o moral. Eso sí, los nuevos formalistas parten siempre de la existencia de normas jurídicas que han de ser aplicadas; pero, haciendo concesiones al realismo, asumen que esas normas llevan incorporados en su formulación fines sociales, políticos, económicos o morales (*purposes, policies, etc.*) que los legisladores o los jueces han querido que se realicen a través del derecho.

De esta forma, se introduce en el pensamiento jurídico de Estados Unidos en estos años un modo de concebir el derecho que ha sido calificado como «giro interpretativo», que ha buscado la máxima objetividad en la determinación y aplicación del derecho, pero incluyendo en ello también la dimensión moral y política de las normas. Como dice Owen Fiss, «la adjudicación es interpretación». Para entender y aplicar un texto legal, los jueces deben tratar de identificar las «reglas disciplinarias» que se hallan en la sociedad, entendida como una «comunidad de interpretación» que comparte los mismos valores⁵³. Dworkin expresa muy bien esta orientación con sus afirmaciones de que el «derecho es un concepto interpretativo». «El imperio del derecho –dice– se define por la actitud, no por el territorio ni por el poder ni por el proceso... Es una actitud interpretativa, autorreflexiva, dirigida a la política en su sentido más amplio... Es una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en comunidad, aunque estemos divididos en proyectos, intereses y convicciones». Al mismo tiempo, Dworkin desautoriza la concepción positivista y el método formalista con estas palabras: «El derecho no se agota sólo en un catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún escenario determinado de conducta. Ni en un grupo de funcionarios que ejercen su poder sobre una parte de nuestras vidas»⁵⁴.

⁵³ FISS 1982: 739, 744.

⁵⁴ DWORKIN 1995: 413.

5. LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS DEL FORMALISMO

En los años 70 la teoría jurídica estadounidense se hallaba dividida en tres grandes tendencias, correspondientes a otros tantos enfoques en la concepción y aplicación del derecho. En primer lugar estaba el movimiento de «filosofía moral y jurídica»⁵⁵, según el cual el papel de los jueces consistía en definir y proteger los derechos alcanzados a través de los compromisos políticos y plasmados en las leyes. Los representantes de esta corriente, que defendían posiciones filosóficas de corte contractualista, provenían tanto del campo jurídico (Dworkin, Epstein), como de la filosofía política y moral (Rawls, Nozick). En segundo lugar, el movimiento del análisis económico del derecho (*Law and Economics*), iniciado por Ronald Coase y desarrollado por autores como Calabresi, Posner y Polinski, que trataba de redefinir los conceptos y normas jurídicas sobre criterios económicos, como el de la eficiencia y minimización de costes en las relaciones sociales⁵⁶. Finalmente, el movimiento de los estudios críticos jurídicos (*Critical Legal Studies*), que pretendía reformar la enseñanza del derecho, para incidir en una nueva forma de concebirlo y aplicarlo, desde una visión progresista de nueva izquierda, y cuyo lema más significativo era que «el derecho es política» («law is politics»)⁵⁷. A estos movimientos les han seguido otros también de carácter crítico, como el pensamiento jurídico feminista, derecho y raza, derecho y literatura, etc.

Sin embargo, la línea tradicional de la teoría jurídica se ha visto representada en estas dos últimas décadas por dos corrientes que, aunque enfrentadas, defienden puntos de vista complementarios sobre la naturaleza y aplicación del derecho, y que de algún modo vienen a retomar los temas y los enfoques adoptados anteriormente por el formalismo clásico y por el realismo jurídico, respectivamente. Estas corrientes son el nuevo formalismo y el pragmatismo. Vamos a centrar nuestro análisis sobre algunos autores destacados de la primera corriente.

Los nuevos formalistas consideran que la ciencia y la teoría jurídica tienen como primer objetivo, antes que la crítica del derecho, el conocimiento de las normas o reglas jurídicas que guían la conducta humana y la forma como estas normas se aplican a la realidad social. Los pragmatistas, por su parte, conciben la teoría jurídica totalmente orientada a la práctica, pero consideran que el conocimiento de las normas jurídicas y de su contexto social es la mejor manera de mejorar la práctica jurídica.

⁵⁵ Según la denominación que emplea GREY 1996: 505-506.

⁵⁶ Una buena introducción a este movimiento, en DURÁN y LALAGUNA 1992.

⁵⁷ Véase el excelente trabajo de PÉREZ LLEDÓ 1996. Una recopilación de estudios de este movimiento en el volumen de Kairys, *The Politics of Law*. Sobre estas tres tendencias, cfr. GREY 1996: 505-506.

El nuevo formalismo está representado por una serie de juristas (Scalia, Schauer, Weinrib, Summers...) que, desde diversas perspectivas, sostienen que un rasgo esencial del derecho es su carácter *formal*, pero lo que entienden por este calificativo varía de unos a otros, de forma que no es un movimiento que defienda una única teoría, ni esta resulta ser coherente en todos sus extremos. Para tratar de unificar este movimiento tan disperso y aclarar sus tesis principales, Thomas C. Grey ha buscado un rasgo general, en el que todos estarían de acuerdo, y otros rasgos particulares, en los que cada uno insiste en mayor o menor medida según su punto de vista e incluso según la rama del derecho a la que dedica mayor atención en sus investigaciones⁵⁸.

El rasgo general, lo que tienen en común los nuevos formalistas, no es muy diferente de lo que tradicionalmente ha sido la preocupación principal y la tesis central de este movimiento: lograr la *objetividad* en el derecho, o sea, la exigencia de que el derecho sea preciso y determinado, que es lo mismo que decir que el derecho se compone de normas y estas deben ser, en lo posible, *reglas* y evitar que sean, también en lo posible, *standards* abiertos o indeterminados. Junto al objetivismo como enfoque general, hay otros rasgos particulares que acompañan a este y con los que se trata de plasmar esa búsqueda de la determinación en el derecho. En temas constitucionales, los formalistas adoptan el punto de vista del *originalismo*, es decir, opinan que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas siguiendo la intención original de los legisladores y, por tanto, rechazan la tesis según la cual la Constitución es un conjunto normativo con vida propia, que se va adaptando a las circunstancias siempre cambiantes de la sociedad norteamericana, para lo cual habría que tener en cuenta en cada momento los valores morales de la comunidad política. En cuestiones reguladas por la legislación escrita, los formalistas adoptan el enfoque *textualista*, es decir, se basan primariamente en el texto de la ley, posponiendo la interpretación finalista, los fines o propósitos (*purposes*) que los legisladores trataron de alcanzar al establecer las normas. Respecto a los temas de derecho común, regulado por normas no escritas o precedentes judiciales, los formalistas adoptan el método *conceptualista*, o sea, prefieren guiarse por categorías elaboradas científicamente, como conceptos y principios jurídicos, antes que por normas cuasi-legislativas establecidas por los jueces en sus decisiones.

Esta descripción del nuevo formalismo es muy parecida a la que hizo Daniel Farber en un estudio anterior, comentando las dos obras de Gilmore donde este criticaba el formalismo jurídico, por considerarlo psicológicamente insano, rígido, orientado al pasado y contrario a las virtudes de la jurisprudencia norteamericana⁵⁹. En este marco,

⁵⁸ GREY 1999: 2.

⁵⁹ FARBER 1995: 91. Las obras comentadas son GILMORE 1974 y 1977.

Farber distingue los dos aspectos de la doctrina formalista: por un lado, los valores que defiende; por otro, el método empleado para realizar dichos valores. Los *valores* que, según esta corriente, deben perseguir los jueces son los de certeza, estabilidad y lógica en el derecho, aunque los formalistas mismos reconocen que tales valores no se pueden alcanzar nunca del todo en la práctica judicial. Los *métodos* empleados para alcanzarlos son: el textualismo en la interpretación de las leyes; el originalismo como método interpretativo cuando nos enfrentamos a problemas regulados por normas constitucionales, y el seguimiento de las doctrinas elaboradas por la ciencia jurídica cuando se trata de resolver casos de derecho común.

Si comparamos ambas descripciones del nuevo formalismo, hallamos un rasgo general, que es el *objetivismo* (según Grey) o la *certeza, estabilidad y lógica* (según Farber), que vienen a ser coincidentes, por cuanto la objetividad del derecho está directamente asociada con la determinación, certeza, estabilidad y carácter lógico de las normas. Ambas son dos formas de decir lo mismo: que el derecho ha de estar previamente definido con la máxima claridad, para que su aplicación sea lo más objetiva y lo menos discrecional posible por parte de los jueces. En segundo lugar, los rasgos particulares o los métodos a seguir en cada caso, coinciden también en Grey y Farber: *textualismo* legislativo, *originalismo* constitucional y *conceptualismo* doctrinal en los casos del derecho común.

Farber, siguiendo a Gilmore, distingue tres grandes etapas en la historia jurisprudencial norteamericana: a) el Gran Estilo de antes de la Guerra Civil, donde se trataba de adaptar el derecho común inglés a la realidad de los EE.UU.; b) el formalismo de la época de Langdell, donde se buscaba el orden, la lógica y la estabilidad, c) y finalmente el instrumentalismo de Cardozo, donde la estabilidad se complementaba con la flexibilidad y la adaptación a los nuevos cambios. Pero cuando Gilmore escribía sus dos obras citadas, en la década del 70, él mismo observaba que el formalismo estaba emergiendo de nuevo, dando lugar a una cuarta etapa: el nuevo formalismo buscaba ahora la certeza, la predicción y la consistencia lógica en las normas jurídicas⁶⁰.

La tesis final que defiende Farber es que, en los nuevos formalistas, hay una contradicción entre los valores que persiguen y los métodos que emplean, contradicción que se resuelve en último extremo a favor de los valores y en detrimento de los métodos, que no siempre son seguidos de manera estricta. Un ejemplo paradigmático lo tenemos en el juez Antonin Scalia, tanto en su forma de resolver asuntos judiciales como en sus planteamientos teóricos.

El formalismo que defiende Scalia viene referido, por encima de todo, al valor de la *objetividad* en la aplicación del derecho, centrandó dicha objetividad en torno al concepto de *regla de derecho*. Así lo

⁶⁰ *Ibidem*: 92-95.

plantea en uno de sus escritos: «Es esta dicotomía entre “regla general de derecho” (*general rule of law*) y “discreción personal para impartir justicia” lo que deseo explorar»⁶¹. Desde un punto de vista teórico, no cabe duda que la regla de derecho general prevalece sobre las decisiones judiciales, ya que en los sistemas democráticos el establecimiento de leyes corresponde al poder legislativo, que es superior a los otros poderes y está ligado más directamente que ningún otro a la voluntad del pueblo. Los jueces se hallan vinculados al poder legislativo, pues su tarea es precisamente aplicar las leyes generales. Ahora bien, desde un punto de vista práctico, es decir, cuando se trata de aplicar el derecho, la prevalencia de las reglas generales se oscurece y surge la dicotomía. Esto ocurre de manera más intensa en un sistema jurídico como el estadounidense, en donde la vinculación de los jueces no es sólo al texto de la Constitución y de las leyes, sino también a las decisiones anteriores de los tribunales superiores y del propio tribunal. Además, los jueces en el sistema anglosajón tienen capacidad para crear derecho. Es en este punto donde se aprecia más la posibilidad de un conflicto entre el seguimiento de las reglas generales de derecho y el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para impartir justicia de manera perfecta, las reglas de derecho presentan el inconveniente de que son generalizaciones que no se adaptan bien a cada caso en particular. En este sentido, la discrecionalidad del juez para resolver cada caso según un criterio amplio garantiza mejor un resultado justo. Por otro lado, según Scalia, el derecho no avanza y se desarrolla a base de pronunciamientos generales, sino en la medida en que se van dando soluciones justas a casos individuales.

Volviendo de nuevo al plano teórico, la regla de derecho tiene evidentes ventajas sobre el papel y la primera de ellas es la certeza jurídica. Scalia pone como principio general que debe guiar las decisiones judiciales el de la *predecibilidad*⁶², o sea, el conocimiento preciso de lo que ordena el derecho por parte de los destinatarios del mismo, a fin de que puedan prever las consecuencias que han de seguirse de sus acciones. En un trabajo publicado el mismo año, Margaret Radin describía la regla de derecho con una serie de rasgos que casi podrían resumirse bajo este mismo rótulo: predecibilidad de las consecuencias jurídicas que han de seguir a cada tipo de conducta⁶³. Pero la

⁶¹ Scalia 1989: 1176.

⁶² Ante la ausencia de un término en español para traducir «*predictability*», he sustantivado el adjetivo «predecible», obteniendo así el término «predecibilidad».

⁶³ RADIN 1989: 784 ss. RADIN distingue entre una concepción instrumental y otra sustantiva de la regla de derecho. Según la primera concepción, ocho elementos componen la regla de derecho: generalidad, publicidad, previsibilidad, claridad, no contradicción, conformabilidad, estabilidad, congruencia. Según la segunda concepción, la regla de derecho tiene cuatro características: posibilidad o conformidad de la acción a la regla, trato similar para casos similares, publicidad y claridad, justicia natural o proceso justo. En último extremo, lo que destaca en todos estos rasgos es la exigencia de que el derecho sea predecible, determinado y cierto (ibid.: 788).

misma autora reconoce que el concepto de la regla de derecho ha ido asociado casi siempre con la concepción formalista tradicional, entendiendo el formalismo como la doctrina que defiende que sólo hay una respuesta en cada caso jurídico y que esta deriva de la aplicación de una regla general; de este mismo hecho proviene precisamente la debilidad de aquel concepto, las críticas que se hacen a la jurisprudencia formalista como mecanicista e insensible a la justicia que precisan los individuos en los casos particulares⁶⁴. Por eso, Radin propone reinterpretar la regla de derecho en un sentido nuevo, no formalista, sino pragmático, siguiendo la concepción wittgensteiniana de las reglas como práctica social normativa, donde los individuos no son sólo seguidores de las reglas, sino también creadores de ellas, y donde las normas no son formales ni eternas ni independientes de los individuos, sino un producto de la práctica comunitaria⁶⁵.

En una línea parecida de aproximación entre el viejo formalismo y el nuevo pragmatismo se sitúa Scalia. Este pone en relación el principio general de la predecibilidad, exigible a toda regulación jurídica, con el de «calculabilidad» del derecho (*reckonability*) al que hacía referencia el realista K. Llewellyn⁶⁶. Este rasgo de la predecibilidad es el que ha guiado tradicionalmente las decisiones de los jueces en la aplicación del derecho común, pues al exponer las bases que justifican sus decisiones, están practicando de hecho su propia sumisión a lo establecido previamente por las reglas de derecho, limitando su propio poder discrecional (*judicial restraint*). Según Scalia, los jueces, cuando resuelven litigios, procuran crear derecho en la menor medida posible, tratando de mantenerse al máximo dentro de lo previsto por las normas y principios jurídicos.

La tesis de Scalia se centra en la distinción entre lo que es cuestión de derecho y cuestión de hecho. Según eso, la dicotomía entre seguir las reglas o actuar discrecionalmente por parte de los jueces no plantea ningún problema. Los jueces se atienen siempre y en principio a las normas vigentes y analizan todas las circunstancias de un caso a la luz de tales normas (cuestión de derecho). Pero si una vez conocidas todas las circunstancias particulares del caso y contrastadas con las reglas jurídicas vigentes no queda clara la inclusión de dicho caso en aquellas reglas, entonces el problema que se plantea no es ya una cuestión de derecho (cuál es la regla aplicable), sino una cuestión de hecho, es decir, el problema de que no están suficientemente claras las circunstancias del caso y, por tanto, no resulta clara la subsunción del mismo en alguna de las reglas jurídicas vigentes, tal como están formuladas. Es entonces solamente cuando queda un margen a la discrecionalidad del juez, pero esta discrecionalidad opera sólo sobre el conocimiento de los hechos y sobre el encuadramiento de los mismos

⁶⁴ *Ibidem*: 792 ss.

⁶⁵ *Ibidem*: 819.

⁶⁶ SCALIA 1989: 1179, citando a LEWELLYN, *The Common Law Tradition*, 1960: 17.

en algún tipo de reglas preexistentes; no se trata de una discrecionalidad para crear reglas nuevas. Scalia rechaza la caracterización arbitraria que a veces se hace de unos asuntos como cuestión de derecho y de otros como cuestión de hecho, cuando ambos asuntos presentan una gran similitud entre sí; por ejemplo, se pregunta por qué en los tribunales se deja al arbitrio del jurado el decidir, como cuestión de hecho, si una persona ha ejercido un «cuidado razonable» en sus actuaciones (*reasonable care*) y, sin embargo, el problema de determinar si un registro domiciliario o una detención han sido «razonables» o no (*reasonable search or seizure*) se considera una cuestión de derecho y como tal su calificación sólo puede ser realizada por los jueces. Para él, sin embargo, ambos problemas son iguales y deben ser considerados como cuestiones de hecho⁶⁷.

De esta forma, se resuelve en gran parte la dicotomía existente entre si los jueces deben seguir ciegamente las reglas o si deben ejercer ampliamente su facultad discrecional. Cuando un juez de apelación recibe un caso, su decisión ha de basarse en una valoración de la totalidad de las circunstancias y ello implica que su tarea es más la de un investigador de los hechos (*fact-finder*) que la de un determinador o creador de derecho (*determiner of law*). La tarea del juez es llevar las reglas, por muy generales y vagas que sean, hasta sus últimas consecuencias en cada caso que se juzga y para ello deben considerarse absolutamente todas las circunstancias que confluyen en dicho caso. Pero para ello es preciso adherirse al texto de las leyes lo más fuertemente posible y realizar una exégesis completa de las mismas, de manera que todo el problema recaiga sobre la determinación de los hechos y no sobre la insuficiencia o vaguedad del texto legal.

La posición del juez Scalia se resume en dos puntos de vista. Por un lado, defiende los valores del formalismo, que se centran en la búsqueda de la *objetividad* del derecho, cuyo principio fundamental es la *predecibilidad* de las consecuencias jurídicas de una conducta. Los rasgos que definen la objetividad son: la claridad, certeza y consistencia lógica de las reglas. Por otro lado, adapta los métodos formalistas a la mejor realización de aquellos valores. En ese sentido, utiliza el método *textualista* de manera pragmática, comenzando por una exégesis lo más completa posible de los textos legales para formular una regla general. Con este mismo objetivo defiende el método *originalista* en el ámbito constitucional, pero solamente para conseguir la formulación más clara y correcta posible de la regla o reglas que han de aplicarse⁶⁸.

⁶⁷ *Ibidem*: 1181.

⁶⁸ Las decisiones judiciales deben tener «un sólido anclaje en el texto de las leyes» y deben regirse por el «sentido original del texto constitucional» (*Ibidem*: 1185). Sin embargo, el textualismo que defiende SCALIA difiere mucho del textualismo tradicional, que conducía a una jurisprudencia mecanicista (FARBER 1995: 104).

Una vez establecida inequívocamente la regla de derecho, todo el problema queda limitado simplemente al conocimiento de todas las circunstancias que concurren en el caso para subsumir este en la regla establecida. Así pues, el textualismo y originalismo son meros instrumentos para conseguir el fin último de la objetividad, subordinados a él. Scalia sintetiza así su propuesta dirigida a los jueces: 1) Evitar en lo posible los modos de análisis ponderativos o equilibradores, es decir, el uso de la discrecionalidad. 2) Hacer valer hasta el máximo posible que el caso lo permita la regla de derecho o el derecho de reglas. 3) Cuando se llegue al punto en que ya no se pueda hacer nada más que consultar la totalidad de las circunstancias, actuar más como investigadores de hechos que como expositores del derecho. El problema de la aplicación del derecho se desplaza entonces al interior de esta propuesta y se formula así: ¿cuándo ha llegado el momento de usar el método ponderativo, cuándo la imprecisión de las reglas hace imposible su seguimiento y dónde está la línea separadora entre la regla de derecho y los hechos?⁶⁹.

La valoración que hace Farber del nuevo formalismo, en el sentido de que la psicología formalista, centrada en alcanzar los valores de objetividad y predecibilidad del derecho, domina sobre los viejos métodos formalistas (textualismo y originalismo)⁷⁰, coincide en gran medida con el diagnóstico formulado por Thomas Grey. Para este autor, el nuevo formalismo, en la versión teórico-práctica que presenta Scalia, está más orientado hacia el funcionalismo pragmático de autores como Holmes, Pound y Cardozo que hacia la rigidez de las versiones tradicionales. El eje sobre el que gira la nueva doctrina es la regla de derecho, entendida como un equilibrio entre ciertos valores: la determinación del derecho, la fidelidad a la autoridad que establece las normas y la transparencia⁷¹. El enfoque general es, por tanto, el objetivismo: la exigencia de que el derecho ha de ser claro y determinado, basado en reglas más bien que en standards o principios indeterminados. A partir de ahí, las otras tendencias o métodos del formalismo tradicional, que son el originalismo constitucional, el textualismo legal y el conceptualismo del derecho común, se combinan entre sí equilibrándose para conseguir de la mejor manera posible el fin de la objetividad en la aplicación del derecho.

En resumen, la propuesta de Scalia se puede valorar así: 1) Es coherente, porque hace compatibles rasgos de distinto signo (fidelidad, determinación, transparencia, originalismo, sistematicidad, preferencia por las reglas) con el único fin de conseguir un sistema efectivo de control de la tarea judicial, asegurando la independencia de los jueces y el valor central de la regla de derecho. 2) Es una versión del formalismo moderada y de orientación pragmatista, que podrían sus-

⁶⁹ SCALIA 1989: 1187.

⁷⁰ FARBER 1995: 105.

⁷¹ GREY 1999: 4.

cribir hoy Holmes y Cardozo y que no difiere mucho de la posición crítica con el formalismo que adopta el también pragmatista R. Posner. 3) En cualquier caso, es una teoría de la regla del derecho formal que soporta mejor las críticas que las teorías de una regla de derecho antiformalista (Dworkin...). Otras versiones del formalismo en la actualidad, como las de Ernest Weinrib, Richard Epstein, etc., parecen menos aceptables que la propuesta por el juez Scalia⁷².

6. CONCLUSIÓN

Hemos presentado un panorama muy general de la evolución del formalismo jurídico en el pensamiento estadounidense desde sus orígenes hasta nuestros días. De todo lo expuesto se desprenden dos conclusiones también muy generales. La primera es que la concepción formalista no es propiamente una doctrina ontológico jurídica, pues su objetivo prioritario no es el estudio de la naturaleza de las entidades jurídicas, esto es, de las normas, reglas, principios y demás elementos constitutivos del derecho, sino que es una doctrina de la interpretación y aplicación del derecho, o sea, una doctrina metodológica. Sobre ese terreno los formalistas mantienen posiciones que casi siempre coinciden con la ontología iuspositivista, pero también pueden coincidir con posiciones ontológicas realistas e incluso, aunque más raramente, con algún tipo de iusnaturalismo. La segunda conclusión es que el formalismo se ha caracterizado básicamente por la búsqueda de la objetividad en el conocimiento y la aplicación del derecho, entendiendo la objetividad como certeza y predecibilidad de las decisiones judiciales, suponiendo para ello que el ámbito jurídico se divide en dos bloques organizados secuencialmente: primero existen las normas generales, establecidas por vía legislativa o judicial; segundo se aplican dichas normas de la manera más estricta posible al caso concreto. En esta concepción metodológica, los métodos seguidos preferentemente han sido la interpretación textual y la intención original del legislador, rechazando las interpretaciones de los fines políticos, morales o de otro tipo que hay tras las normas y que se suelen ocultar bajo el concepto del «propósito» legislativo (*legislative purpose*).

Es este último punto el que ha suscitado sobre todo las críticas de los antiformalistas, quienes achacan al formalismo el hacer planteamientos mecanicistas e inflexibles, que coartan la independencia y libertad de los jueces y llevan, en último extremo, a forzar soluciones injustas en la decisión de casos. Este es el verdadero problema que plantea el formalismo a la reflexión jurídica. Por eso, hemos dejado a

⁷² *Ibíd.*: 30-31.

un lado las teorías de otros autores que en los últimos años han desarrollado concepciones neoformalistas, como Ernest J. Weinrib y Robert S. Summers. El primero defiende el formalismo porque, según él, es la única doctrina que asegura la independencia del derecho frente a la política, la autonomía plena de la ciencia jurídica y su carácter no instrumental respecto a otras disciplinas sociales. Remontándose a la tradición inaugurada por Aristóteles, Weinrib asegura que el derecho tiene su propia racionalidad, mantiene una coherencia interna que lo distingue respecto a la actividad política y sostiene que la forma o esencia de lo jurídico es la causa de su inteligibilidad inmanente, expresada en conceptos y categorías propias. Según él, otras doctrinas, en cambio, subordinan lo jurídico a factores externos, como la eficiencia económica (*L&E*), los fines políticos (*CLS*) o la moralidad social (Dworkin)⁷³. Summers, por su parte, reivindica la forma como una característica general del derecho que ha sido injustamente olvidada y acomete el análisis de las diversas manifestaciones de la formalidad jurídica en sus diversos aspectos: esenciales, estructurales, expresivos, encuadratorios y organizativos⁷⁴.

Pero el terreno donde realmente se produce la confrontación entre la doctrina formalista y sus críticos es el de la interpretación y aplicación de las normas. En este sentido, la pregunta que cabe hacer es la siguiente: la metodología formalista ¿restringe notablemente o incluso niega abiertamente la capacidad de decisión de los jueces en la elección y aplicación de las normas? Schauer propone distinguir entre un *formalismo absoluto*, para el cual los jueces no tienen libertad de decisión en ningún caso, lo que significa que el sistema no ofrece ninguna vía de escape ante la literalidad de las reglas, y un *formalismo presunto*, en el cual el sistema permite elecciones alternativas entre normas y dentro de las normas, basadas en la interpretación lingüística y en la existencia de instancias de apelación, o sea, existen vías de escape a la mera literalidad de las reglas⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN, Y LALAGUNA, Paloma (1992), *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Comares, Granada.
- DUSBURY, Neil (1995), *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, Ronald (1995), *Law's Empire*. Ninth Printing, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

⁷³ WEINRIB 1988: 1012 ss.

⁷⁴ SUMMERS 1997: 1180.

⁷⁵ SCHAUER 1988: 544-548.

- FARBER, Daniel (1992), «The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law», *Vanderbilt Law Review*, 45: 533.
- (1995), «Symposium: The Ages of American Formalism», *Northwestern University Law Review*, 90: 89.
- FISS, Owen M. (1982), «Objectivity and Interpretation», *Stanford Law Review*, 34: 739.
- FULLER, Lon, L. (1958), «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 71: 630.
- GILMORE, Grant (1974), *The Death of Contract*. Ohio State University Press, Columbus.
- (1977), *The Ages of American Law*. Yale University Press, New Haven.
- GREY, Thomas C. (1983), «Langdell's Orthodoxy», *University of Pittsburgh Law Review*, 45: 1.
- (1989), «Holmes and Legal Pragmatism», *Stanford Law Review*, 41: 787.
- (1996), «Book Review: Modern American Legal Thought. Patterns of American Jurisprudence. By Neil Duxbury», *Yale Law Journal*, 106: 493.
- (1999), «The new formalism» (inédito).
- HART, Henry M., Jr., and SACKS, Albert M. (1994), *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press.
- HART, Herbert L. A. (1958), «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71: 593.
- (1980), *El concepto de derecho*. Trad. G. R. Carrió, 2ª edición. Editora Nacional, México.
- HOLMES, Oliver Wendell (1897), «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, X, 8: 457.
- (1964), *The Common Law*. Trad. F. N. Barrancos y Vedia. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- KAIRYS, David (Editor) (1998), *The Politics of Law: A Progressive Critique*. Third Edition. Basic Books, The Perseus Books Group, New York.
- LANGDELL, Christopher C. (1871), *A Selection of Cases on the Law of Contracts i-v*. Little, Brown & Co., Boston.
- LLEWELLYN, Karl N. (1930), «A Realistic Jurisprudence – The Next Step», *Columbia Law Review*, 30: 431.
- (1950), «Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed», *Vanderbilt Law Review*, 3: 395.
- LYONS, David (1981), «Legal Formalism and Instrumentalism. A Pathological Study», *Cornell Law Review*, 66: 949.
- MINDA, Gary (1995), *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*. New York University Press, New York and London.
- PÉRRIZ LLEDÓ, Juan Antonio (1996), *El movimiento Critical Legal Studies*. Prólogo de M. Atienza. Tecnos – Fundación Cultural E. Luño Peña, Madrid.
- POUND, Roscoe (1950), *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Trad. J. Puig Brutau, Ariel, Barcelona.
- QUEVEDO, Steven M. (1985), «Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory», *California Law Review*, 73: 119.
- RADIN, Margaret J. (1989), «Reconsidering the Rule of Law», in *Boston University Law Review*, 69: 781.
- SCALIA, Antonin (1989), «The Rule of Law as a Law of Rules», *University of Chicago Law Review*, 56: 1175.

- SCHAUER, Frederick (1988), «Formalism», *Yale Law Journal*, 97: 509.
- SEBOK, Anthony J. (1998), *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge University Press, Cambridge.
- SUMMERS, Robert S. (1981), «Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – a Synthesis and Critique of our Dominant General Theory about Law and its Use», *Cornell Law Review*, 66: 861.
- (1992a), *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Duncker & Humblot, Berlin.
 - (Editor) (1992b), *American Legal Theory*. Dartmouth, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney. (Es una recopilación de artículos, donde se hallan algunos de los citados en este trabajo.)
 - (1997), «How Law is formal and why it matters?», *Cornell Law Review*, 82: 1165.
- WEINRIB, Ernest J. (1988), «Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law», *Yale Law Journal*, 97: 949.

