

Artículo

REPENSANDO LA *IUSHISTORIA*: APORTES DEL
REALISMO JURÍDICO A LA DISCUSIÓN

*Gabriela Recalde Castañeda*¹

Resumen

El uso de métodos y teorías de las ciencias sociales para brindar explicaciones sobre fenómenos jurídicos, entendidos como fenómenos sociales, fue una de las herramientas empleadas por los precursores del Realismo Jurídico Norteamericano. En este ensayo trataré de sostener que el Realismo Jurídico sigue siendo una teoría vigente en tanto ofrece un marco de análisis basado en la conducta y los hechos para explicar cómo la producción del derecho depende de un contexto específico. Esta idea de situar las conductas que genera el derecho en un tiempo y espacio, es útil para tender puentes con la historiografía profesional y contribuir a la elaboración de estudios de *iushistoria*.

Palabras clave

Teoría jurídica, Realismo jurídico, estudios interdisciplinarios, historia del derecho.

Abstract

The methods and theories of the social sciences were one of the tools used by the pioneers of American Legal Realism to provide explanations on legal phenomena. In this essay, I will try to argue that the Legal Realism is still a valid theory to providing an analytical framework to explain how the production of law depends on the context. This involves the behavior, meanings and facts. The idea of placing the behaviors that create the law in time and space is useful to build bridges with professional historians and contribute to the development of studies in law history.

¹ Abogada de la Universidad Icesi, magister en Derecho de la Universidad de los Andes y especialista en Cultura de Paz y DIH de la Universidad Javeriana. Sus intereses de investigación se enfocan en el acceso a la justicia para poblaciones vulnerables, el estudio de las políticas públicas para la atención a víctimas del conflicto armado y la garantía de los derechos sociales en las transiciones hacia la paz. Actualmente, dirige el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi (Cali), clínica jurídica enfocada en derechos sociales e inclusión. gre calde1@icesi.edu.co

Key Words

Legal Realism, interdisciplinary studies, law history.

“The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.”

O. W. Holmes Jr. “The Common Law” (1881)

I. Introducción

La idea de emplear los métodos y teorías de las ciencias sociales para brindar explicaciones sobre fenómenos jurídicos, entendidos como fenómenos sociales, es atribuible al Realismo Jurídico y a autores como Holmes o R. Pound que precedieron la aparición del movimiento. De hecho, fueron las ciencias sociales y humanas, como la sociología en el caso de LLewellyn o el psicoanálisis en el de J. Frank, las que brindaron a estos autores una plataforma conceptual para edificar su teoría de la adjudicación judicial y la comprensión del derecho en tanto hecho social. Dicho sea de paso, este movimiento fue el germen para las escuelas críticas posteriores como la de Estudios Críticos del Derecho, Derecho y Sociedad, y los Estudios de Conciencia Jurídica (García V., 2001).

Actualmente, es común hablar de estudios interdisciplinarios tanto en el Derecho como en otras ciencias. Es un diálogo que, para el caso latinoamericano, viene de la mano de la expansión de los estudios jurídicos críticos, pero que aún está en proceso de construcción y consolidación (Rogríguez G. & García V., 2003). Teniendo en cuenta esto, en este ensayo trataré de sostener la vigencia del Realismo Jurídico como teoría que ofrece un marco de análisis basado en la conducta y los hechos para explicar la dependencia de la producción del derecho de un contexto específico. Esta idea de situar un tiempo y espacio para entender las conductas que generan derecho, es útil para tender puentes con la historiografía profesional y contribuir a la elaboración de estudios de *iushistoria*.

Para sustentar mi tesis, en este escrito me referiré a los argumentos realistas que justifican la importancia de la interdisciplinariedad, haciendo un breve recuento de las posturas de algunos de los teóricos claves del

movimiento. En segundo lugar, fundamentada en las ideas de Holmes y Karl. N. Llewellyn, me concentraré en mostrar que los realistas propusieron un cambio en la forma de hacer historia del derecho, partiendo de sus críticas a la escuela historicista y a la de conceptos. Como tercer punto, presentaré las relaciones entre la historiografía del derecho y la historiografía general. Propondré un ejemplo de dialogo a partir del aporte de la noción de “reglas auténticas” de Llewellyn para la comprensión de los estudios historiográficos actuales sobre la cultura política legal.² Finalmente, el lector encontrará una breve reflexión.

II. La interdisciplinariedad en el Realismo Jurídico

El Realismo Jurídico es un “movimiento”³ que emerge en el período de entreguerras, hacia 1918, y se consolida en la década de 1920-30. Entre sus antecesores figura el juez Oliver Wendell Holmes Jr., quien en “*La Senda del Derecho*” plantea que el derecho es “*predicción de la incidencia de la fuerza pública mediante los tribunales*” (1959). En tanto predicción, el derecho está atado a los hechos que estimulan al juez; por ende, el derecho es lo que en efecto éstos hacen, y no únicamente las normas y conceptos creados a partir de un razonamiento lógico (deductivo o inductivo). La otra postura es la de Roscoe Pound, sobre todo la que sostuvo en sus primeros ensayos, entre los que se destaca “*Liberty of Contract*” (1909). En este introduce dos ideas que abonan el camino para el surgimiento del realismo.

² La inquietud de esta posible relación surge a partir de una investigación personal sobre casos criminales de desacato entre 1780 y 1820. Mi objetivo en este estudio, es entender el papel de las autoridades locales de la colonia que sobreviven durante los primeros años de la República, y que tenían competencia para decidir las disputas que se producían entre vecinos. Cabe anotar que en esta época no había un derecho liberal codificado (este aparecería a mediados del S.XIX, encarnado en el Código Civil), por lo que el derecho era lo que estos jueces locales interpretaban y adjudicaban, en lo que he relacionado con un auténtico ejercicio de creación y consolidación de “reglas en acción”. Estas dejan entrever los usos y costumbre de la época, desde el imaginario moral, hasta lo político y la construcción de la ciudadanía.

³ Me refiero a “movimiento” recurriendo a los términos que Llewellyn, en el año 1931, utilizó en su texto “*Somes Realims About Realism*”, para dar respuesta al escrito de Dean Pound “*The call for a Realist Jurisprudence*” (1931). El autor sostenía que el Realismo Jurídico, hacía referencia, más que a una escuela del derecho, a un conglomerado de juristas (como Jerome Frank, Underhill Moore, Herman Oliphant, Robert Hale, Felix Cohen, Leo Green, Walter W. Cook y Max Radin), que se oponían abiertamente al formalismo jurídico, pero sin compartir una tesis unificada respecto a la adjudicación del derecho y la concepción de la ley (Llewellyn K. N., *Some Realism About Realism- Responding to Dean Pound*, 1993). El debate Pound-Llewellyn es un claro ejemplo de la diversidad de posturas entre los realistas.

La primera tiene que ver con el uso de la sociología para comprender las nociones de equidad y discrecionalidad en el trabajo de las cortes; y la segunda, se refiere a buscar explicaciones sobre las formas de razonamiento de los jueces, en lugar de limitarse a denunciar sus fallos equívocos. A este paradigma de pensamiento se le denominó “*Sociological Jurisprudence*” (Fisher III, Horwitz, & Reed, 1993; 6-7).

Un aspecto importante de este paradigma de la jurisprudencia sociológica, y que fue retomado por los Realistas, consistió en la necesidad de acudir a las ciencias sociales y humanidades para poder dar explicaciones coherentes acerca de lo que realmente es el derecho. Así, en “*The Common Law*” (1881), Holmes establece que se necesitan otras herramientas al lado de la lógica deductiva para entender al derecho (White, 1947). Más tarde, en “*La Senda del Derecho*” recomienda a los juristas adquirir conocimientos de Economía Política, y realizar más estudios filosóficos para “*sopesar los fines de la legislación, los medios de alcanzarlos y sus costos*” (Holmes, 1959; 50). Por su parte, Pound (1993) crítica que mientras otras ciencias abandonaron la deducción de conceptos predeterminados, la Jurisprudencia continuó por este camino. De allí el llamado a centrarse en los hechos para introducir principios legales que reflejen el espíritu del tiempo (realidad), y a utilizar los métodos de la economía y la sociología para dejar de lado la idea de la autosuficiencia del derecho.⁴

Dado que el derecho no había desarrollado un método que le permitiera introducir lo empírico dentro de sus explicaciones, estos autores aducen la necesidad de la interdisciplinarietà para superar este vacío. Este llamado fue atendido en 1920 durante la crisis económica y política ocasionada por la Primera Guerra Mundial, dicha crisis exigió la deconstrucción de los paradigmas que hasta entonces se habían entendido como conceptos inmutables.⁵ Esta idea impulsa la concepción de las leyes como herramientas para la regulación de la conducta humana, y en esta medida, la ley sería un fenómeno social, determinado por las costumbres o la

⁴ En palabras del autor: “*Let us not be afraid of legislation, and let us welcome new principles (...), which express the spirit of the time. Let us look the facts of human conduct in the face. Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient.*” (Pound, 1993; pág. 44).

⁵ Hacia 1987, Holmes sostuvo en la “Senda del Derecho” la necesidad de replantear la doctrina: “*Nos hallamos recién en el comienzo de una reacción filosófica, y de una reconsideración del valor de doctrinas que en su mayor parte son todavía aceptadas como moneda corriente, sin problematizar deliberada, consciente o sistemáticamente sus fundamentos*”; planteando que en esta lógica el Derecho se había desarrollado como una planta, obedeciendo simplemente “*a una ley de crecimiento espontáneo*” y sin ofrecer una explicación sobre las consideraciones acerca de lo social (Holmes, 1959; 33-34).

cultura. Lo anterior, implica que el Derecho debe valerse de ciertas estrategias para entender la dinámica social.⁶ Para los realistas, las ciencias sociales eran la clave para entender las leyes y la realidad, y superar así el divorcio entre el ser y el deber ser (Fisher III, Horwitz, & Reed, 1993; pp. 232-233). Esta influencia se vio reflejada en la aparición de “*Essays on Research in the Social Science*”(1931) del Instituto Brookings. A esta publicación se unieron juristas pertenecientes a las universidades de Columbia y Yale, como Clark, Cook, Morre, Oliphant y Llewellyn; su propósito era abrir el debate sobre el uso de la ciencias sociales para aborar problemas de investigación. El impacto de este giro, contribuyó a la aparición de corrientes como el Análisis Económico del Derecho y el desarrollo de la Sociología Jurídica (García V., 2001).

Pero, ¿para qué los realistas necesitaban un “arma” como las ciencias sociales?, ¿qué debían enfrentar y derribar, que hiciera necesario acudir al diseño de explicaciones sobre el derecho más allá de la disciplina en si misma? La respuesta es clara: los iusrealistas necesitaban combatir al Formalismo jurídico. De acuerdo con Leiter (2012), esta es una corriente que plantea que los jueces al fallar responden principalmente a las exigencias racionales de las reglas jurídicas aplicables y de los tipos de razonamiento jurídico. En esta medida, las leyes, los precedentes y las inferencias deductivas, proporcionan a los jueces las luces para decidir a favor o en contra de una causa; negando así, la influencia de cualquier rasgo subjetivo no-jurídico. De esta manera, el Formalismo plantea un método enfocado en descubrir las reglas y su aplicación a partir de un razonamiento lógico, por lo que el derecho sería autosuficiente y autocontenido.

A pesar de que autores como Gény elaboraron críticas a la fijación del movimiento de la exégesis en la abstracción y la inmutabilidad de las categorías lógicas, su objetivo último no era negar el uso de procesos inductivos y deductivos para interpretar el derecho positivo. Todo lo contrario, deseaban encontrar un método igualmente lógico y científico, pero que escapara de la idea de “*considerar dotadas de realidad objetiva concepciones ideales de índole provisional y puramente subjetiva*” (Gény, 2000; 102).

⁶ En los Estados Unidos para la época en la que el Realismo está en boga, existía una cultura de reacción de los posmodernistas frente a una visión del mundo “*en el que la ciencia natural era considerada como el paradigma de todo conocimiento genuino; la ciencia se distinguía por su métodos y las ciencias sociales aspiraban a emular los métodos y los éxitos de la ciencias naturales*” (Leiter, 2012, pág. 53).

En el mismo orden de ideas, Ihering proponía una crítica al hiperconceptualismo de la escuela historicista alemana. Ésta asignaba al jurista la tarea de desentrañar el *ethos* del pueblo y deducir de éste las reglas específicas (Savigny, 1970), que se “purificaban” para producir conceptos “*científicamente sano(s), conceptualmente puro(s), y lógicamente correcto(s)*” (Ihering, 1970) y que definían el derecho positivo. Por tanto, la labor del jurista era cognositiva y se remitía a la aplicación del método. Ihering denuncia el conceptualismo en tanto éste impone conceptos creados en su propio “cielo”, alejados del mundo real, y por tanto, incapaces de producir bienes de valor práctico. Esta crítica de Ihering es clave por cuanto sostiene que “*el resultado práctico tiene por función ser correctivo del pensar teórico*” (Ihering, 1970; 273). Más adelante, en su texto “*La Lucha por el derecho*”, este autor introducirá la idea del derecho como una lucha de intereses que se produce en la esfera individual y social, buscando con ello emancipar tanto la creación como la aplicación del derecho, del desarrollo orgánico y del conceptualismo. No obstante, como bien lo plantea Llewellyn, la idea misma de “interés” es la manifestación de una completa subjetividad (1994, pág. 255), no constatable mediante un trabajo empírico.

Precisamente, los realistas acuden a las ciencias sociales a causa de la necesidad de demostrar cuán alejados de la realidad se encontraban los presupuestos de la concepción Formalista y subjetivista del derecho. Estas le permiten comprobar que el derecho se produce en la esfera social, y en el caso de Llewellyn, destruir la idea de que “*la regla sobre el papel o disposición legislativa significa algo simplemente porque posee autoridad sobre el papel*”. Sostener la autoridad y la aplicación universal de la regla “*es taparse los ojos con una ficción constitucional antes de empezar una inspección de la escena*” (Llewellyn K. N., 1994; pp. 252,276), en la medida en que las personas se mueven dentro y fuera de la aplicabilidad de dichas reglas. Para comprobar cómo se produce la relación reglas-sujetos “*es necesario encontrar los patrones a través de la observación de los datos utilizables y la contrastación retroactiva con los hechos*” (p. 273). De esta forma Llewellyn propone que los jueces son estimulados por hechos y por cuestiones no-jurídicas.

Finalmente, se debe destacar que Llewellyn y los Realistas en general, comparten una tesis nuclear respecto a la adjudicación del derecho. A juicio de Leiter (2012) dicha tesis consiste en que “*los jueces alcanzan decisiones basadas en lo que ellos piensa que es justo en relación con los hechos del caso, más que sobre la base de las reglas jurídicas aplicables*”(p.57). En otras palabras, el derecho también se construye en razones no-jurídicas. Así, un fallo puede reconstruirse a partir de modelos sociológicamente determinados (patrones), que le permiten al juez alcanzar resultados basados en una respuesta generalmente compartida a los hechos del caso,

los cuales racionaliza con reglas y razones jurídicas apropiadas (p. 67). Este proceso de hallar patrones sobre conductas sociales y su comprensión dentro de su propio contexto de producción, es factible a través de los métodos de las ciencias sociales como la etnografía, herramienta propia de la antropología.⁷

De lo anterior, se deduce que sin la interdisciplinariedad, los Realistas no hubiesen tenido las herramientas para comprobar que el derecho depende de su contexto de producción y en esta medida sostener su tesis nuclear. De la mano de esta idea, el estudio de los Realistas en tanto científicos de lo jurídico-social, permite una reflexión sobre la metodología en los procesos de investigación. Creo que los juristas del movimiento pasaron a la historia por haber encontrado una nueva forma de aproximarse a un problema de investigación usando una metodología “eclectica”. Esto no implica una suerte de relativismo que justifica cualquier argumento y por ende, un resultado, más bien, se trata de la metodología como un parámetro que asegura la calidad de las conclusiones del proceso de investigación. De esta forma, los Realistas lograron parte de su cometido teórico, y abrieron la puerta para que el Derecho hiciera contacto con las ciencias sociales.

III. Critica Realista a las formas de “historiar” el Derecho

De acuerdo con el historiador del derecho Carlos Garriga (2007), tradicionalmente, la historia del derecho fue concebida para elaborar un análisis del pasado jurídico que permitiera justificar un discurso científico del derecho, y también hiciera posible la naturalización de lo estatal “*construyendo el Estado en el pasado para presentarlo como la forma política propia o consustancial al hombre socialmente organizado*” (Garriga, 2007; 44). En esta misma lógica, la realidad jurídica y su historia se enmarcan en la dicotomía privado/público, en la separación Estado y sociedad civil (Gordon, 1984).

En la batalla contra el formalismo la interdisciplinariedad era clave para el intento de los Realistas por explicar al derecho sin caer en la dicotomía público-privado, consecuentemente, esto suponía un nuevo enfoque para abordar el análisis histórico y cultural (White, 1947).

⁷ De acuerdo con Leiter (2012), el uso de las ciencias sociales en el enfoque *iusrealista* está asociado con uno de los compromisos filosóficos de este movimiento, el cual es el naturalismo (el otro es el pragmatismo). De acuerdo con este, una teoría de la adjudicación debe estar acompañada de una investigación empírica que permita predecir lo que harán los tribunales, solo con los elementos que arroje este proceso puede construirse una teoría *pragmáticamente* valiosa (pp. 67-68).

De acuerdo con Gordon (1984), el hecho de que los Formalistas pensaran que jueces y legos deberían seguir la lógica interna de la profesión en un apego a la tradición, daba lugar a que su versión de la historia del derecho se concentrara exclusivamente en el desarrollo de la doctrina legal por lo que cualquier fenómeno por “fuera” del derecho era descartado. En este tipo de historia “*the hero is the judge or treatise-writer who best clarifies doctrinal categories*” (p. 67). Así, para los Formalistas, el punto más alto de la evolución de la historia del derecho se logró a finales del siglo XIX cuando fue posible consolidar la idea de un orden legal autónomo. Por su parte, los Realistas opinaban que la autonomía en la decisión judicial estaba interferida por procesos sociales, políticos y económicos, de corto, mediano y largo plazo. En esta medida, su versión de la historia del derecho consideraba la evolución de la doctrina como un componente más, y en ocasiones, desconectado del proceso de toma de decisiones. Lo que interesó a los Realistas fue el análisis de las relaciones de función y disfunción entre la ley y lo social. Para ellos su héroe era “*the social engineer who masterfully wields law as an instrument of policy.*” (pág.57). De allí que la historia del derecho debía replantearse en términos de correspondencia con las nuevas realidades, poniendo al sistema jurídico en sintonía con fenómenos como la Gran Depresión y la posterior adopción de políticas progresivas y el New Deal.

Para mostrar cómo se concibió por parte de sus protagonistas este cambio en la forma de hacer historia del derecho, presentaré las ideas de Holmes y Llewellyn.

A) Holmes: el erudito historiador de la ley

La superación de la idea de la historia legal como la evolución de un sistema ordenado y lógico, encuentra una fuerte oposición en las posturas de Holmes. Para Morton White (1947) en “*The Common Law*”, el antecesor del realismo hace un trabajo de corte histórico-antropológico, en el que busca comprender las formas tempranas de responsabilidad civil, encontrando que las mismas respondían a sentimientos de pasión y venganza.⁸ De esta forma, Holmes se aleja de la concepción evolutiva de la

⁸ De acuerdo con White (1947), Holmes se inspira en la propuesta de historia del antropólogo Edward Burnett Tylor, quien en su obra “*Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*” (1871), propone un estudio de las cultura primitivas para demostrar que los seres humanos tratan de deshacerse de prácticas que son meros vestigios de un pasado menos civilizado. Así, la historia no sería un elogio del

historia para adentrarse en el análisis del comportamiento humano en relación con la cultura.

Precisamente, el aparte introductorio de *“The Common Law”* da pistas de la posición de Holmes frente a la historia. Allí, sostiene que la historia del derecho no se puede explicar por simples procesos lógicos, pues ella misma, *“envuelve la historia de la nación desarrollada a través de los siglos, y por tanto no puede estar contenida en axiomas o corolarios”*. Para entender cómo y por qué se han dado ciertos procesos dentro del derecho es necesario considerar el tiempo y el contexto de su producción, las teorías sobre la moral y la política vigentes, la política pública e incluso, los prejuicios que los jueces comparten con el resto de los hombres, no para inferir de allí reglas lógicas, sino para comprender un momento específico de la historia del derecho. Esto no quiere decir que Holmes estuviera en contra de la lógica silogística, sino que la consideraba inapropiada para definir la historia del derecho (White, 1947), pues para él *“la vida del derecho no solo era lógica, sino también experiencia”* (Holmes, 1993).

Esta postura es reafirmada en *“La Senda del Derecho”*, en la que sostiene que la historia debe ser parte del derecho *“porque sin ella no podríamos conocer el propósito y alcance preciso de reglas que como juristas debemos conocer. Es parte del estudio racional (...) el primer paso hacia un escepticismo iluminado”* (Holmes, 1959;p.35). No obstante, no sólo es necesario descubrir la regla en el tiempo, sino también convertir esa información en material útil. Para esto, se debe conectar el estudio histórico con el presente a través de la estadística o la economía. Para Holmes, la pretendida fuerza de una determinada tradición legal, no es suficiente para explicar la forma de funcionamiento de un ordenamiento jurídico, ni mucho menos, el argumento último de la decisión judicial.

B) Llewellyn: revelando lo auténtico

Aun en tiempos de Llewellyn, el estudio histórico de las instituciones se llevaba a cabo bajo los parámetros de la escuela historicista. En la visión de Savigny (1970), uno de sus representantes, lo que debía hacer el jurista para entender las instituciones jurídicas era develar el *ethos* del pueblo, su conciencia sobre lo justo. Así, se sostenía que el derecho, al igual que el lenguaje, evoluciona en una suerte de desarrollo orgánico. Siguiendo esta lógica, la ley debe dar origen a la certeza jurídica y a su aplicación uniforme, en tanto es la expresión de la conciencia común del pueblo. Para

pasado, sino un instrumento útil para entender problemas del presente (pp. 138-139).

Savigny (1970) “solo cuando mediante un estudio serio, hayamos adquirido un conocimiento más completo y, sobre todo, hayamos agudizado nuestro sentido histórico y político, será posible un verdadero juicio sobre el material que nos ha sido transmitido”, en esta medida, el método histórico permitía al jurista conocer el principio orgánico de las instituciones y generar conceptos para la consolidación de una ciencia sólida del derecho y por ende, emprender la labor codificadora. Esto último, suponía una visión pacífica, continua, y autocontenida y universal de la evolución histórica de los pueblos (Domingo, 2004).

Llewellyn critica de esta escuela la idea de aproximarse a los preceptos consuetudinarios sin analizar el tipo de sociedad en el que se generaban, dando lugar a categorías y a garantías para los derechos “*historicamente condicionadas y a menudo arcaicas*” (Llewellyn K. N., 1994; 252). Para Llewellyn el reto se hallaba en contrastar hechos con hechos y no hechos con palabras (conceptos), Para llevar a cabo esta tarea, el enfoque debía moverse hacia el estudio de la conducta. En las páginas de “*Una teoría del derecho realista: el siguiente paso*” es evidente la fijación de Llewellyn por llevar a cabo la comprobación empírica a través del uso de las metodologías de las ciencias sociales, particularmente, la etnografía. En efecto, Llewellyn empleó la técnica etnográfica para llevar a cabo el estudio de las instituciones jurídicas de las subculturas de los Estados Unidos, especialmente la indígena. Junto con el antropólogo E. Adamson Hoebel, Llewellyn publicó en 1941 “*The Cheyenne Way*”, en el cual se adentraba en las conductas que generaban “derecho” entre los Cheyennes, concentrándose específicamente en los patrones que definían la sanción del homicidio. De esta forma, encontró que la tribu presentaba una facilidad para adaptar sutilmente las normas de acuerdo a los hechos, lo que le llevó a la idea de que un sistema legal maduro presenta unas “regularidades razonables” en las que los interesados pueden desenvolverse y apropiarse del derecho (Ingersoll, 1966). Esta línea de la aproximación de Llewellyn a las prácticas presupone un giro antiformalista, en tanto su mayor conclusión es que las reglas del derecho no operan de forma universal y neutral, sino que dependen del contexto de apropiación y de la regla en acción, por lo que refuta que el derecho solo pueda crearse una vez se haya alcanzado la madurez en la evolución histórica de un pueblo.

Finalmente, y siguiendo a Gordon (1984), cabe anotar que los Realistas comparten con otras corrientes teóricas del derecho, entre ellas el Formalismo, un modelo de análisis histórico funcionalista. Este tiene por objeto crear una tipología de las etapas del desarrollo social para mostrar cómo las formas e instituciones han cumplido o no, una determinada función en cada una de ellas (p. 64). Esto, a mi juicio, podría generar un sesgo conductista y una suerte de determinismo histórico. No obstante lo

anterior, el gran aporte de los Realistas consiste en haber hecho evidente que el análisis del derecho, y de su evolución, también debe observar las variaciones de la eficacia de la norma de cara a aspectos como el poder, la riqueza, la estructura del sistema burocrático, las asociaciones privadas que tienen sus propios códigos, y la inmanente existencia de una relación entre la ley y el conglomerado social. Esta relación genera prácticas jurídicas y no-jurídicas que son valiosas para entender qué es el derecho, cuándo y quién lo aplica y así aproximarse a los fallos judiciales no solo como una fuente de razonamientos jurídicos, sino como un documento que habla de los valores, la cultura, las creencias, los imaginarios, y la idea de Estado en una sociedad, y en una época determinada. Sólo a partir de esta comprensión se hacen posibles las predicciones de cómo fallarán (y fallaron) los jueces.

IV. La *iushistoria* y la historiografía general

La *iushistoria*, entendida como la disciplina jurídica que interpreta la historia del derecho, implica unas formas de abordaje que ponen de presente un tipo de relación entre la historiografía profesional y la historiografía jurídica. Según Botero (2010), estas formas son básicamente tres: 1) pensar la *iushistoria* como parte integrante de la historiografía profesional; 2) pensar la *iushistoria* alejada de los campos disciplinarios de la historiografía profesional; y, 3) pensar ambos tipos de historiografías desde un proceso de dialogo interdisciplinario. El primer escenario presupone una sujeción a la historiografía general, el segundo un aislacionismo que piensa al objeto de estudio desde cada perspectiva, y el tercero una comunicación *inter pares* que parte del reconocimiento de las virtudes de cada forma de aproximación. Una postura Realista consecuente con lo planteado en los dos apartados anteriores, abogaría por la tercera opción, es decir, la relación desde el dialogo interdisciplinario para lograr un estudio más concreto y ajustado para “hacer” la *iushistoria*. Como lo plantea Holmes, la ley envuelve la historia de una nación en desarrollo.

La historiografía general y la jurídica presentan aún vacíos respecto a la comprensión de las prácticas de cultura política⁹ legal asociadas con los

⁹ Definir cultura política puede ser una tarea arriesgada. Como objeto de estudio fue empleado por primera vez durante la década de 1950-60 por parte de Gabriel Almod y Sydney Verba. Estos, preocupados por la amenaza que implicaban el totalitarismo y la represión estatal, trataron de establecer las características de la cultura política (prácticas, costumbres y actitudes hacia el sistema político) que eran más adecuadas para fortalecer regímenes democráticos. En los ochentas la cultura política tuvo su apogeo como el campo de estudio más importante de la historia y la antropología. Los estudios de cultura política han discurrido entre el paradigma Toquevilliano, y el Gramsciano. El primero, se concentra en la sociedad

tribunales de justicia, especialmente los locales. Entender estas prácticas legales locales y localizadas, permiten al investigador entender cómo las formas y órganos normativos o coercitivos definen y crean cierto tipo de sujetos e identidades y excluyen otros. Lo que corrobora que dentro de las estructuras que consideramos hegemónicas no existe necesariamente un conceso ideológico (Rosberry, 2002), las practicas discursivas comunes se evidencian es en el estudio de la forma como “habla” el Estado y cómo se origina su derecho a través de sus funcionarios públicos y sus rutinas.

En el caso de los Estados Unidos, un intento exitoso por lograr este tipo de estudio, lo constituye el libro de Laura F. Edwards “*The People and Their Peace*” (2009). En este, a partir del recuento de archivos judiciales de los años 1787-1840, de los estados esclavistas de Carolina del Norte y Carolina del Sur, Edwards elabora un relato y un análisis de las formas como los jueces fallaban haciendo caso a las particularidades de la población y del contexto; determinados por “la paz de los pueblos”, y no por un precedente judicial. Claramente, se trata de un proceso de comprensión de las razones que llevan a los jueces a fallar en uno u otro sentido, por lo que la teoría Realista podría contribuir en clave de evidenciar cómo se producía la adjudicación judicial y sus efectos en las poblaciones.

En esta lógica, investigaciones como las de Sally Engle Merry (2002) sobre formas de gobierno y cultura legal, aportan a la discusión con ideas como la etnografía histórica. Esta metodología la empleó para realizar un trabajo de archivo en los juzgados de un pequeño pueblo de Hawai con el fin de explicar cómo se consolidaron las cortes locales entre 1825 y 1845, y cómo los individuos colonizados por EEUU utilizaban el derecho para traducir sus problemas comunales, dejando entrever una conciencia acerca de la ley. Para ello, en su estudio histórico explora factores sociales como la existencia de redes entre jueces, abogados, religiosos y gente del común. Redes basadas en el matrimonio, el parentesco, o una formación escolar similar. Lo interesante de esta propuesta es que ha sido acompañada por un trabajo semejante en tiempos posteriores, lo que le permite analizar las continuidades y los patrones de conducta de los intervinientes en el sistema de justicia, de cara a las particularidades del contexto. Cabe anotar que

civil, en lo público, la ciudadanía y la naturaleza ideológica de las instituciones estatales. Mientras que los segundos, estudian temas urbanos y subculturas, para señalar las exclusiones y la represión de la que fueron objeto estos grupos. La corriente contemporánea, representada por figuras como Lynn Hunt, o William Rosberry, ha construido un marco teórico que asume una posición intermedia entre los dos paradigmas, pero que, tomando a Foucault y a De Certau, se centra en entender las prácticas simbólicas, como el lenguaje, los imaginarios, las expectativas y los valores que expresan intenciones y acciones colectivas (Jacobsen & Aljovín de Losada, 2007).

esta autora hace parte del movimiento de Derecho y Sociedad, y precisamente, su formación como abogada y antropóloga le han brindado herramientas para realizar un trabajo interdisciplinario con aportes importantes para entender fenómenos como el pluralismo jurídico, la conciencia jurídica, así como el autoritarismo.¹⁰

En Colombia, estudios de este tipo no se han realizado. Desde la historiografía profesional se encuentran los trabajos de Beatriz Patiño Millán (1994), German Colmenares (1998) y Margarita Garrido (2007), entre otros. En estos una de las fuentes han sido casos criminales, pero han sido analizados con el fin de determinar cuestiones relacionadas con los códigos de honor, la ley y el orden social, o la ciudadanía durante la transición entre el periodo colonial y la República; sin embargo, los archivos criminales aún no se han develado del todo para entender las particularidades de la administración de justicia y los procesos de adjudicación de los jueces.

En el lado de la historiografía jurídica los resultados son desalentadores. José María Samper, Tulio E. Tascón, López Michelsen o Hernando Valencia Villa, entre otros, han intentado hacer relatos sobre la historia judicial y constitucional del país, pero su labor no ha sido fructífera. Catalina Villegas (2009) explica este fenómeno afirmando que la *iushistoria* colombiana presenta tres factores problemáticos: 1) la tendencia evolucionista, que supone que el ordenamiento jurídico se perfecciona con el paso del tiempo (una suerte de desarrollo orgánico Savigniano); 2) la no identificación y problematización de la relación derecho-sociedad, sino tan solo un relato de leyes; y 3) el uso de la historia para legitimar una postura ideológica, invisibilizando temas y actores (p.13). Tal vez un estudio riguroso de las fuentes judiciales en contexto y para identificar marcos discursivos comunes, ideología y doctrina de precedente, sea el realizado por Mario Cajas en los dos tomos sobre *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (1886-1991)*, en los cuales evidencia de qué manera la historia del derecho es mucho más que un compilado de cifras y fechas, y debe trasladarse al análisis del papel político que juegan los jueces en un Estado. Particularmente, su papel en la consolidación de formas de hacer propias del país, como lo es el control de constitucionalidad que durante el periodo analizado, la Corte Suprema ejerció desarrollando formulas propias para comprender el fenómeno constitucional colombiano.

Siguiendo con las ideas de Rodríguez y García (2003), este vacío, que poco a poco va llenandose, puede explicarse debido a la inexistencia de un trabajo interdisciplinario juicioso que permita tender puentes entre las dos

¹⁰ Al respecto ver Ariza y Bonilla (2007).

versiones de la historiografía sobre las instituciones legales y su relación con la sociedad. A mi juicio, esto genera la falta de un marco teórico que combine una teoría de la adjudicación judicial con las posturas en boga de la historiografía crítica profesional.

En esta medida, creo que reivindicar las ideas Realistas y vincularlas a la historiografía desde el paradigma de la cultura política, es una estrategia útil para combatir el evolucionismo y el determinismo histórico que padece nuestra historia del derecho. Por ejemplo, la posición Realista del ala sociológica, representada por LLewellyn (1994) y su teoría del derecho en acción, puede complementarse para un análisis de cultura política legal con la idea del marco discursivo común. De acuerdo con Rosberry (2002; pp. 218-220), las formas hegemónicas no crean un consenso sino un marco material y simbólico que ofrece un lenguaje para hablar de las relaciones sociales, formular quejas y reclamos, y crear un discurso alternativo a las formalidades estatales dominantes, pero usando el marco dispuesto dentro de ellas. Esta idea, unida a la noción de las reglas auténticas, entendidas como el producto de la realidad, de la interacción regular entre agentes oficiales y personas, permite comprender las formas específicas de aplicación y apropiación del derecho, y su interacción con razones no-jurídicas que se forman precisamente en el seno del sistema burocrático estatal (el marco común), demostrando que el mismo no es contenido por las reglas de papel. De esta manera, podría ofrecerse un modelo de análisis distinto y pragmático.

V. Reflexión final

Repensar la *iushistoria* implica considerar nuevas formas de aproximarse al objeto de estudio. Se trata de tender puentes sólidos donde el derecho aporte sus teorías y se nutra de las provenientes de otras ciencias. En este dialogo riguroso y respetuoso, podemos detectar el poder explicativo que la Teoría Jurídica puede tener para comprender fenómenos sociales como la administración de justicia, o el funcionamiento del sistema burocrático. Los Realistas insistieron para que, a través de la interdisciplinariedad, ese poder explicativo fuera útil para generar conocimiento y una comprensión del presente y del pasado, de la compleja relación entre el derecho y la sociedad. Por tanto, definir una agenda para la historia crítica del derecho también hace parte de los retos disciplinares. Me refiero a investigaciones capaces de aportar a la consolidación de una academia jurídica rigurosa, con capacidad de adentrarse en el debate sobre la comprensión de las dinámicas sociales, no solo presentes, sino también las del pasado.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariza, L. y Bonilla D. (2007), “El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, pp. 19-85, en: Griffiths John, Sally Engle Merry y Brian Tamanaha, *El debate sobre el Pluralismo Jurídico*, Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Botero B., A. (2010). Presupuestos epistemológicos y metodológicos de la iushistoria. *Anuario Jurídico Precedente*, 45-70.
- Engle M., S. (2002). Ethnography in the archives. In & M. J. Starr, *Practicing Ethnography in Law. New Dialogues, Enduring Methods* (pp. 128-142). New York: Palgrave Macmillan.
- Fisher III, W., Horwitz, M., & Reed, T. (1993). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press.
- García V., M. (2001). Estudio preliminar. In M. (. García V., *Sociología Jurídica: Teoría y Sociología del Derecho en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Gény, F. (2000). *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Editorial Comares.
- Gordon, R. W. (1984). Critical Legal Histories. In Y. L. School, *Faculty Scholarship Series* (pp. 57-125).
- Holmes, O. W. (1959). *La Senda del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ingersoll, D. E. (1966). Karl L. Llewellyn, American Legal Realism and contemporary legal Behavioralism. *Ethics, Vol. 76, No. 4. University of Chicago*, pp. 253-266.
- Jacobsen, N., & Aljovín de Losada, C. (2007). En pocas y en muchas palabras: Una perspectiva pragmática de las culturas políticas, en especial para la historia moderna de los Andes. In N. Jacobsen, & C. (. Aljovín de Losada, *Cultura política en los Andes (1750-1950)* (pp. 13-40). Fondo editorial UNMSM.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Llewellyn, K. N. (1993). Some Realism About Realism- Responding to Dean Pound. In W. Fisher III, M. Horwitz, & T. (. Reed, *American Legal Realism* (pp. 68-76). New York: Oxford University Press.
- Llewellyn, K. N. (1994). Una Teoría del derecho realista: el siguiente paso. In P. Casanova R., & J. Moreso, *El ámbito de los jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 244-293). Madrid: Ediciones Crítica.
- Pound, R. (1993). Law in Books and Law in Action. In W. Fisher III, M. Horwitz, & T. Reed, *American Legal Realism* (pp. 39-44). New York: Oxford University Press.
- Rodríguez G., C., & García V., M. (2003). Derecho y sociedad en América

- Latina: propuesta para la consolidación de los estudios Críticos Críticos. In C. Rogriguez G., & M. García V., *Derecho y Sociedad en America Latina: Un Debate Sobre Los Estudios Jurídico Críticos* (pp. 15-66). Bogotá: ILSA- Universidad Nacional de Colombia.
- Roseberry, W. (2002). Hegemonía y lenguaje contencioso. In G. M. Joseph, & D. Nugent, *Aspectos cotidianos de la formación del estado. La revolución y la negociación del mando en el México moderno* (pp. 213-226). México: Ediciones ERA S.A.
- Villegas , C. (2009). Historia y Derecho: la interdisciplinariedad del derecho y los retos de la historia del derecho. *Revista de Derecho Público* No.22 , 3-22.
- White, M. G. (1947). The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century. *Journal of the History of Ideas*, Vol. 8, No. 2 , 131-152.