

# El Realisme Jurídic: una visió sociològica del Dret

---

Treball de Fi de Grau  
Dirigit per la Dra. Ángeles Galiana Saura  
Grau de Dret

EDUARD MONTANÉ GARCÍA

06/05/2016



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2016



## **ABSTRACT.**

Aquest treball pretén ser un estudi d'una corrent de la Filosofia del Dret fins el moment desconeguda, el Realisme Jurídic, així com de la doctrina del *stare decisis*, pròpia dels sistemes jurídics del *common law* per tal de determinar la transcendència d'aquestes en els ordenaments jurídics occidentals en l'actualitat.

Este trabajo pretende ser un estudio de una corriente de la Filosofía del Derecho hasta el momento desconocida, el Realismo Jurídico, así como de la doctrina del *stare decisis*, propia de los sistemas jurídicos del *common law* para determinar la trascendencia de éstas en los ordenamientos jurídicos occidentales en la actualidad.

This research aims to be a reliable study of a Philosophy branch of Law unknown until the moment, Legal Realism, and the doctrine of the *stare decisis*, typical of the common law systems to determine the significance of these in the current days.

**KEY WORDS:** Legal Realism – Stare Decisis – Statute Law – Experience – Judge.





# **ÍNDIX.**

<b>INTRODUCCIÓ</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPÍTOL I: EL REALISME JURÍDIC</b> .....	<b>7</b>
<b>I. Origen i corrents del Realisme Jurídic</b> .....	<b>7</b>
<b>II. El Realisme Jurídic nord-americà</b> .....	<b>14</b>
i. L'anti-formalisme .....	14
ii. Autors destacats .....	19
<b>CAPÍTOL II: LA DOCTRINA DEL PRECEDENT</b> .....	<b>26</b>
<b>I. El precedent en el Dret Anglès</b> .....	<b>29</b>
i. Origen del Precedent.....	29
ii. Naturalesa del precedent .....	32
iii. La maniobrabilitat dels jutges .....	34
iv. La ratio decidendi. ....	35
v. L' <i>statute law</i> en el Dret anglès. ....	37
<b>II. El precedent en el Dret dels Estats Units</b> .....	<b>39</b>
i. Rebuda del common law.....	40
ii. La major “flexibilitat” del precedent als EEUU .....	43
iii. L' <i>statute law</i> en el Dret nord-americà .....	46
<b>CAPÍTOL III: Conclusions</b> .....	<b>49</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>54</b>



## **INTRODUCCIÓ.**

### i. Justificació.

En el moment en què se'ns van plantejar les cent vint-i-tres línies temàtiques entre les quals podíem optar per a dur a terme el treball de fi de Grau, el primer pensament que se'm va venir a la ment va ser el d'escollir el tema que menys relacionat estigués amb el Dret. I què és el Dret? Com bé ens va dir el Dr. Víctor Merino Sancho el primer dia que vàrem trepitjar la universitat per primer cop en l'assignatura de Teoria del Dret, “comenceu aquesta etapa sense saber quin és el concepte de Dret i acabareu, quatre anys més tard, de la mateixa forma, sense poder-lo definir”. Per què? Senzillament perquè el Dret és present a tot arreu, és quelcom que ens condiciona absolutament en tot allò que fem, sovint sense ni tan sols ser-ne conscients. I el per què d'aquesta elecció és ben simple.

Aquest 2016 és, ja, l'últim any de l'aventura que fa quatre anys vàrem decidir iniciar uns quants “temeraris”, la majoria dels quals ni de bon tros sabíem allò que ens esperava, tanmateix, amb alguna que d'altra frustració, ensopegada i sobretot, amb molt esforç, dedicació i perseverança, aquest any ens graduarem, i malgrat que, com solia dir l'emèrit Cap de l'estat espanyol, aquest és un motiu d'orgull i satisfacció, des d'un punt de vista més personal i en contra d'allò que hagués imaginat quan vaig iniciar l'etapa que amb aquest estudi començo a concloure, aquesta experiència no ha estat del tot fructífera o resultant, sinó que més aviat ha suposat un continu desgast que, si bé, com és lògic, ha aportat els seus fruits, coneixements, maduresa i evidentment ha tingut els seus moments positius i satisfactoris, no ha estat tot el gratificant que hagués esperat i en cap moment he assolit crear el vincle necessari per a gaudir de tots aquests anys, que m'apassioni i conseqüentment, tenir un interès suficient com per a seguir amb l'estudi d'aquesta ciència, no només a curta distància sinó a llarg termini i acabar dedicant-m'hi, de manera que avui per avui, malgrat que com he dit, el concepte de Dret és tan ampli que inconscientment hi seguiré vinculat, d'una forma més directa, aquest és l'últim estudi en profunditat. És per això que vaig decidir escollir una corrent temàtica, la filosofia del Dret, que em permetés, d'una forma més o menys àmplia, “deixar-me fer”, és a dir, que no limités el treball a un conjunt normatiu taxat de què se'n poden treure unes o altres conclusions depenent de la interpretació i el sentit que es busqui i argumentar-ho, per tant, un estudi merament bibliogràfic o de recopilació, sinó que la

meva intenció és la d'elaborar un treball més "científic", si se'm permet l'expressió, o com a mínim, més personal, és a dir, que m'atorgui la possibilitat de deixar la meva empremta sense recórrer a fórmules esperpèntiques o extravagants.

D'aquesta manera, vaig escollir sense dubtar, com a primera opció, el Realisme Jurídic, una de les tres grans corrents de pensament de la filosofia del Dret, la qual, a causa de la limitació tant temporal com de recursos en el pla acadèmic actual, ni tan sols hem arribat a aprofundir, inclús, m'atreviria a dir, mencionar, ja que prèviament a aquest curs només hem tingut l'assignatura de Teoria del Dret relacionada amb la filosofia i varem veure les dos grans corrents filosòfiques del Dret, el Iusnaturalisme i el Positivisme jurídic. I aquest també podria ser l'altre principal motiu de la meva elecció, com a estudiant a qui des de sempre li ha interessat la filosofia, no podia finalitzar uns estudis jurídics sense com a mínim, interessar-me per l'última gran corrent filosòfica del Dret, la qual té una aplicació pràctica importantíssima en un sistema oposat i tant interessant i divers com és el sistema nord-americà del *common law*, el Realisme Jurídic; de fet, el meu objectiu consistirà en, un cop interioritzades les principals característiques i idees d'aquesta branca del Dret, aprofundir en la doctrina del *stare decisis*, la qual atorga a la figura del jutge un paper principal, tal i com defensen els autors realistes per tal de determinar si la defensa d'aquests autors va transcendir i fins i tot, s'ha ampliat amb el transcurs del temps o si, pel contrari, ens dirigim cap a una equiparació del sistema de fonts del Dret entre els principals sistemes jurídics que imperen en el món occidental.

## ii. Objectius.

És per tot plegat que els objectius que em proposo a l'hora d'iniciar aquest estudi són principalment dos: per una banda, com he dit, pretenc aprofundir en aquesta corrent filosòfica del Dret, el Realisme Jurídic, per tant, definint l'estructura de la qual es constituirà aquesta obra, iniciarem el treball amb el Capítol I, la part més teòrica, és a dir, aprofundint en l'origen de la corrent filosòfica que ens disposem a estudiar, el Realisme Jurídic, així com les vessants o manifestacions més representatives o rellevants d'aquesta visió del Dret, bàsicament, l'americana, sobre què es desenvoluparà la recerca en primera instància i l'altra gran branca d'aquesta corrent de pensament, l'escandinava.

A continuació, ens centrarem a remarcar, de forma àmplia, els trets fonamentals o més destacats del Realisme Jurídic nord-americà, centrant-nos en la característica de l'anti-formalisme, seguida de la indeterminació dels autors realistes i finalment, allò que podem denominar l'afirmació central del Realisme Jurídic, és a dir, la creença que el jutge, a l'hora de donar resposta a un litigi es basa, principalment en els fets, no tant en les normes jurídiques.

Seguidament passarem a aprofundir en els autors cabdals qui van contribuir a l'auge i consolidació del Realisme Jurídic nord-americà: les seves inquietuds, formes de pensament, objectius de la seva tasca de recerca o doctrina, entre d'altres qüestions.

Un cop tenim una idea més o menys clara de què consisteix el Realisme Jurídic nord-americà i per tant, com hem dit, coneguem les nocions fonamentals, la història i les seves figures més representatives iniciarem un segon capítol consistent en una anàlisi de la institució o doctrina del precedent, l'*stare decisis*, basant-se en aquesta corrent filosòfica, és a dir, el sistema de *common law* dels Estats Units d'Amèrica en què la figura del jutge té un paper molt important, no només en la interpretació i aplicació del Dret, sinó també en la creació, basant-se en un procediment que emprava el precedent com a fonament per a resoldre els litigis que es plantegen, si bé, l'evolució d'aquesta sembla que cada cop pot apropar-se més a un sistema de *civil law*, en què les normes institucionals adquireixen un paper principal.

En aquest sentit la nostra intenció és la de determinar si efectivament, aquesta influència del Realisme Jurídic suposa un dogma en el sistema jurídic actual, o, si pel contrari, podem parlar fins i tot d'una més que possible harmonització de les fonts del Dret entre els dos sistemes o cultures jurídiques majoritàries del món, és a dir, entre sistemes de *civil law* i *common law*, com a mínim, pel que al sistema dels EEUU respecta. A les conclusions a què arribem seran plasmades en el darrer capítol d'aquest estudi.

D'altra banda, i com he deixat entreveure unes línies més amunt, aquesta obra pretén ser una mena de catarsi que d'alguna manera m'ajudi a canviar la meua visió i em serveixi per arribar a l'auto-convenciment que no vaig errar a l'hora d'escollir Dret i que, malgrat no acabi dedicant-m'hi, tampoc no ha estat l'equívoc que des de fa força temps considero va ser, no obstant, la meua intenció no és pas la de dur a terme una crítica al sistema educatiu, al professorat o en general, al grau de Dret, ja que considero que l'error de base és personal, d'elecció del grau en una etapa d'insuficient maduresa per

part meva i per tant, com he dit, no pretenc exterioritzar la culpa, sinó, més aviat, reconciliar-me amb l'opció escollida.

### iii. Metodologia.

En la mesura que aquest treball es tracta d'un estudi jurídic-descriptiu, així com també jurídic-propositiu i crític, la metodologia es funda en tres elements:

- i. Recerca bibliogràfica d'autors cabdals de la corrent filosòfica del Realisme Jurídic com són Llewellyn, Pound o bé dins la doctrina nacional, Solar Cayón o García Maynez.
- ii. Recerca bibliogràfica de doctors especialitzats en Dret Comparat, Filosofia del Dret o en la doctrina del *Stare decisis* com Gianmaria Ajani o Victoria Iturralde Sesma.
- iii. S'ha fet ús de recursos electrònics en línia, com la Revista electrònica d'Economia a fi de dotar de la màxima vigència possible la documentació inclosa.

### iv. Agraïments.

Finalment, agrair a la meva tutora, la Dra. Ángeles Galiana Saura tot l'esforç i suport dedicats, sense la qual no hauria estat possible trobar un fil argumental amb un cert sentit i extreure unes conclusions fructuoses ja que m'han ampliat el camp de visió d'una concepció del Dret que era totalment desconeguda per mi.

## **CAPÍTOL I: EL REALISME JURÍDIC.**

### I. Origen i corrents del Realisme Jurídic.

En els darrers anys del segle XIX i principis del segle XX va incubant-se en el context jurídic dels Estats Units una feble però progressiva necessitat d'alternativa respecte dels plantejaments jurídics imperants en l'època, basada en un enfocament funcional del Dret, de la mateixa manera que estava succeint en altres àmbits del coneixement com en el científic, en què es posaven en dubte les nocions newtonianes, o en l'àmbit de la filosofia en la qual començava a irrompre el pragmatisme fortament. En aquest sentit, es pot englobar aquesta reacció com una enfronta generalitzada del món intel·lectual contra allò que fins el moment havia estat considerat una concepció inamovible i inqüestionable del concepte de coneixement. El moviment del Realisme Jurídic dels Estats Units ha estat definit com “la revolta contra el formalisme” per autors com Morton Gabriel White i implica, en paraules de l'escriptor Paul Kecskemeti en la seva obra *Static and Dynamic Society*, el convenciment de passar “de les formes a la funció, dels conceptes a les activitats, de la estàtica a la dinàmica, de finalitats individuals a finalitats socials, de la satisfacció d'ideals intel·lectuals a la satisfacció de necessitats humanes”.<sup>1</sup>

En aquest context “revolucionari”, un factor primordial en l'elaboració d'aquest pensament jurídic alternatiu va ser la influència del pragmatisme filosòfic, de què les seves postulacions anti-metafísiques, empiristes i radicalment funcionals varen fusionar-se amb aquesta necessitat prèviament mencionada de canvi social, polític i jurídic. Aquest pensament filosòfic encapçalat per autors com Charles Sanders Peirce, John Dewey i William James defensava que el coneixement no podia restar aliè a la realitat; conèixer implica tenir en compte a la realitat, de manera que qualsevol acte de coneixement la ha de considerar, interpretar i adaptar-s'hi. Front a la idea del científic com un mer observador que pretén aprendre o descobrir fets, naturaleses objectives, per als defensors d'aquest nou corrent, l'investigador ha de submergir-se en un relació entre idees i experiències, de tal forma que les teories, lleis, principis, conceptes, etcètera són

---

<sup>1</sup> SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo”. *Los orígenes del realismo jurídico americano*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 2, marzo – agosto 2010. Pàg. 1. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 25-02-16] [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1002>>.

instruments d'adaptació a la realitat.<sup>2</sup> Des d'aquesta nou *oculus*, el criteri metodològic per a avaluar qualssevilla nova concepció de la realitat o elaboració intel·lectual serà un criteri eminentment funcional, per tant, la seva correcció o validesa vindrà determinada per les seves conseqüències pràctiques. Així doncs, el pragmatisme respon d'aquesta forma a una voluntat d'adaptar-se a necessitats primàries, principis, categories, premisses, tot enfocant-ho cap a les seves conseqüències, fruits, fets. I és John Dewey, el filòsof pragmatista, qui tingué una major influència en l'àmbit jurídic; ell proposa, front al tradicional model matemàtic del pensament com una tasca purament de deducció lògica a partir d'unes premisses fixes, un model que s'equipara a un procés evolutiu i obert en el qual contínuament es transformen els supòsits i, conseqüentment, les conclusions i des d'aquesta perspectiva la teoria i la pràctica s'uneixen inequívocament en una necessitat recíproca.<sup>3</sup>

Aquest fenomen de divergència i sentiment crític amb els mètodes i ideologies hegemòniques de l'època, se suma a un moment de profunda crisi socioeconòmica, el "Crac del 29", de manera que aquest moviment va connectar immediatament amb la necessitat social d'articular un pensament polític i jurídic alternatiu, centrat en la realitat del país i amb capacitat per a proposar solucions als greus problemes en què es trobaven.<sup>4</sup>

Així doncs, ja en les últimes dècades del segle XIX, varies veus autoritzades de la comunitat jurídica expressaven obertament la seva insatisfacció amb la ideologia jurídica dominant i enunciaven una nova visió del Dret amb un concepte més funcional o instrumental. És Oliver Wendell Holmes qui marca el punt d'inflexió definitiu cap a una nova teoria jurídica nord-americana; fou el primer en traslladar a l'àmbit jurídic moltes de les aportacions de la filosofia pragmàtica, i vers la visió imperant del Dret com un ordre preestablert a ser descobert mitjançant processos rígidament deductius, Holmes destacarà que les necessitats del temps, la moral i política prevalents, els prejudicis de la societat, etcètera tenen més a veure en la determinació del Dret. Darrera de tot dilema jurídic s'amaga, en últim terme, un problema polític, de conflicte entre

---

<sup>2</sup> Ibid. Pàgs. 1 i 2.

<sup>3</sup> Ibid. Pàgs. 2 i 3.

<sup>4</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Pàg. 3. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 29-02-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

interessos i objectius socials contraposats que no pot ser resolt deductivament sino que implica necessàriament una elecció, un judici de valor. És per aquest motiu que la preservació de la lògica del sistema o el respecte a la tradició són insuficients per donar compte de l'autèntica raó d'ésser de les institucions i de les normes jurídiques.<sup>5</sup>

Consegüentment, agafa forces aquesta perspectiva pragmàtica o funcional per què el Dret ja no és entès com quelcom preexistent que el jurista ha de descobrir, sino com un producte cultural forjat a partir de determinades experiències, necessitats i circumstàncies històriques, però sobretot, el Dret s'entén com un poderós instrument de transformació social en mans d'un individu que comença a sentir-se el protagonista del seu propi destí i té uns objectius socials a resoldre.<sup>6</sup> Si bé, per a satisfer aquestes necessitats, el jurista requereix de l'auxili d'altres disciplines que el guiïn en la ponderació del valor de les diferents demandes i dèficits: l'ètica, l'economia, la política, la sociologia, la història, la psicologia... són àmbits del saber que s'interrelacionaran necessàriament amb el Dret.<sup>7</sup>

Un altre autor principal en l'elaboració de la nova teoria jurídica nord-americana fou Roscoe Pound, el qual va delimitar amb precisió un esquema global de necessitats i interessos socials que calia satisfer d'acord amb la "jurisprudència sociològica". Pound entén l'experiència jurídica com una tasca especialitzada de control i ajustament de les relacions socials en busca d'un sistema de compromisos entre demandes en conflicte, és a dir, el Dret constitueix un instrument d'ordenació social, l'objectiu del qual és controlar i ajustar les relacions humanes de manera que pugui assolir-se el nivell màxim de satisfacció dels interessos i necessitats de la societat amb la mínima fricció i costos possibles. Per a fer-ho, el jurista requereix d'una filosofia del Dret que, amb la col·laboració de les diferents ciències socials, classifiqui els diferents interessos o demandes en conflicte que es disputen el reconeixement social, així com de mesurar el seu valor relatiu per tal de ponderar la seva prelación jeràrquica i seleccionar els més importants, per tant, aquells a què el Dret haurà de reconèixer i protegir. El problema evident que sorgeix és el de la valoració sobre quins són els problemes, dèficits o

---

<sup>5</sup> SOLAR CAYÓN, José Ignacio. "Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo". Op. Cit. Pàgs 3 i 4. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 25-02-16] [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1002>>.

<sup>6</sup> Ibid. Pàg. 5.

<sup>7</sup> Ibid. Pàg. 5.

necessitats que cal destacar; l'autor en qüestió assenyalà que ha de ser "la raó, actuant sobre la base de l'experiència" l'encarregada de resoldre aquesta qüestió.<sup>8</sup>

Des d'aquesta perspectiva, la tasca dels jutges consisteix en generalitzar les demandes de les parts com demandes humanes individuals i subsumir-les en l'esquema objectiu d'articulació dels interessos conforme a principis o fórmules generals que assegurin la satisfacció de la major quantitat d'interessos amb el menor sacrifici; d'aquesta manera, la resolució de conflictes es redueix a la subsumició dels casos en les fórmules generalment preestablertes.<sup>9</sup>

No obstant, com fou que es posà en escena aquesta nova corrent de pensament jurídica que definim com a Realisme Jurídic? Va ser arran d'una important polèmica que tingué lloc durant els anys 1930 i 1931 entre un dels seus màxims exponents, Karl N. Llewellyn i Roscoe Pound. L'esmentat conflicte es podia interpretar com l'intent, per part dels joves autors realistes, de trencar amb l'autoritat de la figura paterna, representada per Pound, el qual, tret de compartir molts dels pressupòsits realistes, comprometia el projecte de renovació de la ciència jurídica iniciada per Holmes, obstruint, des de la seva posició de privilegi que ostentava en l'estament jurídic oficial, el desenvolupament dels nous plantejaments. Així doncs, la polèmica es desenvolupa a partir d'un debat, el qual tingué lloc a través d'un seguit d'articles publicats en revistes jurídiques acompanyats de diverses cartes personals dirigides entre ambdós protagonistes, en els quals es tractava de perfilar la identitat del moviment, és a dir, el concepte de Realisme Jurídic, els seus principis, característiques, etc.<sup>10</sup>

Després de la publicació el 1930 per part de Llewellyn de l'article anomenat "*A Realistic Jurisprudence – The Next Step*", en què es redactaven dures crítiques al pensament de Pound, aquest, en ocasió de la celebració del noranta aniversari de O. W. Holmes publicà l'article "*The Call for a Realistic Jurisprudence*", en què, a banda de reflexionar sobre el significat del concepte de "Realisme" en l'àmbit jurídic, manifestant, fins i tot, certa simpatia per les intencions del nou corrent, Pound arremetia durament contra els seus postulats fonamentals i proposava, amb to paternalista, un

---

<sup>8</sup> Ibid. Pàgs. 6-7.

<sup>9</sup> Ibid. Pàgs. 6-7.

<sup>10</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivism jurídico, Realismo sociológico e Iusnaturalismo*. Primera edición. 1993. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1993. Pàgs. 78-80.

programa realista a desenvolupar. La resposta no es feu esperar i en la següent publicació de la revista jurídica en què Pound va redactar el seu article, Llewellyn va redactar l'article "*Realism about Realism – Responding to Dean Pound*".<sup>11</sup>

Al llarg del debat, tres són les qüestions sobre què el mateix s'articula i a què pretén donar resposta l'autor defensor del moviment, Llewellyn. La primera qüestió és la de delimitar els autors que poden considerar-se realistes; es planteja diverses llistes que incorporen de 13 fins a 44 noms d'integrants del moviment i li traslladà la qüestió a Pound, si bé, aquest, tret d'alguna menció específica aïllada, sempre va rebutjar aclarir aquest dubte, responent amb evasives als requeriments del seu interlocutor. La segona qüestió és la sistematització dels principis fonamentals del Realisme Jurídic nord-americà. En aquesta vessant, Karl Llewellyn proposa un llistat amb nou punts que considera cabdals, malgrat que no en trobem cap de nou o original, sinó que més aviat pretén desenvolupar fins les últimes conseqüències les preocupacions i els principis que ja havien afirmat autors com Holmes o el mateix Pound sobre el rerefons del pensament filosòfic pragmatista. Finalment, l'últim aspecte que es tracta en la discussió epistolar és la de les preocupacions centrals que ha de tenir el Realisme; en la mesura que s'entén el Dret com un instrument per a la consecució de determinades finalitats socials i per tant, cal avaluar el Dret des de les seves conseqüències, els autors realistes, en general, se senten més pròxims a l'escepticisme de Holmes que a la confiança optimista de Pound qui pretenia elaborar una enginyeria social que subministrés un esquema objectiu per tal d'ordenar els conflictes i demandes socials. En aquest sentit, els realistes desconfiaven de tota pretensió sistemàtica de tancar en fórmules o esquemes la riquesa de la realitat i l'experiència. L'escepticisme radica en la lògica experimental i flexible de pensament com un procés constantment obert i evolutiu. Una lògica mancada d'afirmacions rotundes a priori, els resultats de la qual han d'estar constantment subjectes al mètode empíric de l'assaig i error en el context d'una realitat en constant procés de transformació. Inclús les normes jurídiques són considerades pels realistes com experiments pràctics que hauran de ser estimats en la mesura que serveixin per a promoure les finalitats i ideals socialment assumits com a desitjats.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> SOLAR CAYÓN, José Ignacio. "Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo". Op. Cit. Pàgs. 7-8. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 25-02-16] [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1002>>.

<sup>12</sup> Ibid. Pàgs. 8-12.

Amb aquesta idea, el Realisme Jurídic sintonitza perfectament amb l'esperit del *New Deal*, política intervencionista impulsada pel president Franklin D. Roosevelt, per tal de solucionar els efectes de la greu crisi en què es trobava Estats Units, i importants autors del moviment van participar en la posada en marxa de diversos projectes legislatius reformistes.<sup>13</sup>

D'aquesta manera es posa de manifest el paper dels realistes en la instrumentació de les reformes legislatives. Una de les innovacions més destacables impulsada pel Realisme fou la introducció d'un programa acadèmic de matèries com la ciència política, la història, la economia i la sociologia, i a més, aquesta nova forma de pensar es va veure reflectida també en la concepció diferent de la funció judicial. Hem comentat abans com Holmes fou el primer en destacar que el raonament jurídic implicava en última instància l'emissió d'un judici de valor entre fonaments legislatiu contraposat, desafiant així a la teoria declarativa de la funció judicial que la concebia com una operació estrictament lògica-deductiva de subsumció dels fets del cas en uns conceptes normatius generals. L'objectiu d'aquesta corrent de pensament era la de demolar aquesta concepció mecànica de la funció judicial i en darrer terme, del Dret. Aquesta crítica a la concepció tradicional va posar de manifesta la importància del factor personal en l'aplicació del Dret i va servir per a denunciar el discutible paper que els tribunals dels Estats Units, especialment, el Tribunal Suprem, jugava d'invalidar les reformes legislatives impulsades per l'administració Roosevelt, les quals havien estat aprovades per la majoria parlamentaria, de manera que se suplantava la voluntat democràtica dels ciutadans expressada a través dels seus representats polítics.<sup>14</sup>

Cal dir que a banda de l'escola nord-americana, sobre la qual versarà el nostre estudi i desenvoluparem els nostres objectius, existeix una segona gran escola, l'escandinava, la qual sorgí a principis del segle XX en els països de Suècia i Dinamarca, que es caracteritza, no només per un rebuig del iusnaturalisme, sinó també del positivisme normativista i formalista.<sup>15</sup> Els autors més destacats d'aquesta corrent són els suecs de

---

<sup>13</sup> Ibid. Pàg. 12.

<sup>14</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivism jurídico, Realismo sociológico e Iusnaturalismo*. Op. Cit. Pàg. 83.

<sup>15</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 3. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 09-03-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

l'anomenada Escola de Uppsala: Axel Hagerstrom, inspirador de tota la corrent, Anders Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona i Alf Ross. Tenen en comú una actitud metafísica radical d'acord amb què la única realitat a la qual corresponen els fenòmens jurídics és la psicològica.<sup>16</sup> El Dret és un fenomen psíquic col·lectiu consistent en l'existència de drets subjectius i deures com quelcom diferent de la realitat empírica i pretenen construir una teoria general del Dret que l'expliqui a partir de fets i els fets més importants que observen en relació al propi Dret són les reaccions psicològiques dels individus davant les normes jurídiques i les sancions.<sup>17</sup> És per aquest motiu que les normes jurídiques deixen de ser manaments de l'autoritat i valoracions de justícia per a convertir-se en expressions lingüístiques que anomenen "directives", les quals no són res més que formes d'expressió emprades per tal d'influir en la conducta dels individus. En definitiva, són instruments de manipulació pels quals unes persones tracten de modular la conducta d'uns altres.<sup>18</sup>

Així doncs, cal tenir present, malgrat que, com ja hem reiterat en diverses ocasions anteriorment, que el nostre treball se centrarà en les nocions fonamentals dels autors americans, existeixen altres escoles, si bé les preocupacions entre les mateixes eren força diferents, ja que, com hem pogut observar, els autors nord-americans tenien un interès primordial pels temes de l'aplicació del Dret i la tècnica jurídica, mentre que els autors nòrdics, per exemple, tenien una preocupació epistemològica més pronunciada, en el sentit d'intentar elaborar una teoria del coneixement tot analitzant, com hem dit, les reaccions dels individus davant les normes jurídiques.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> VILORO TORANZO, Miguel. *El Realismo Jurídico Escandinavo*. Pàg. 1. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 09-03-16] [Accés gratuït] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr4.pdf>>.

<sup>17</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 3. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 09-03-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

<sup>18</sup> VILORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Pàgs. 3-4. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 09-03-16] [Accés gratuït] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr4.pdf>>.

<sup>19</sup> CALSAMIGLA BLANCAFORT, Albert. *Notas sobre el realismo jurídico*. Pàg. 4. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] <[http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s\\_1983v0/06p139.dir/Cuadernos\\_1983v006p139.pdf](http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno/s_1983v0/06p139.dir/Cuadernos_1983v006p139.pdf)>.

## II. El Realisme Jurídic nord-americà.

### i. L'anti-formalisme.

Com hem exposat anteriorment, el Realisme Jurídic fou el moviment de teoria del Dret més important dels Estats Units durant el segle XX i ha tingut un impacte molt destacat no només en l'educació i acadèmia dels juristes, sinó també en reformes del Dret i de l'advocacia.

Contràriament al moviment escandinau, el Realisme Jurídic nord-americà no es tracta d'una extensió al Dret de doctrines filosòfiques substantives de la semàntica i l'epistemologia; els autors nord-americans eren juristes, no filòsofs i conseqüentment, la motivació era diversa. Ells buscaven enderrocar el denominat "formalisme", altrament anomenat "jurisprudència mecànica" que predominava en aquella època. Aquest sistema, en el concepte que aquí ens ocupa, sostenia que els jutges decidien sobre els conflictes que se'ls plantejaven basant-se en regles i raons jurídiques, les quals justificaven un únic resultat en la majoria dels casos, sino tots. En canvi, els realistes defensaven que un estudi empíric de la forma en què les Corts decideixen sobre els assumptes en demostra que no ho fan primàriament en base al Dret, sinó que ho fan, en termes generals, en allò que ells consideren que és "just" segons els fets del cas. Així doncs, les regles i raons jurídiques figuren senzillament com racionalitzacions *a posteriori* per a les decisions adoptades en base de consideracions no jurídiques. A més, el Realisme també defineix o perfila les línies d'una cultura intel·lectual, les quals són compartides amb el moviment escandinau. Aquesta concepció considera les ciències naturals com el paradigma de tot tipus de coneixement, de manera que entén que cal equiparar qualssevilla altra disciplina i adoptar el mateix sistema d'estudi; és per aquest motiu que un element clau per a aquest moviment és el mètode científic i la comprovació empírica: les hipòtesis han de ser verificades a partir de l'observació del món. En aquest sentit, els realistes afirmaven que allò que era considerat Dret no ho era, *de facto*, en base a les observacions que les Corts realitzaven de la realitat. A criteri d'aquests autors, és en la societat on es desenvolupa i té efectes el Dret, de manera que des d'aquesta realitat social és des d'on ha de proposar-se un conjunt normatiu eficaç,

per tal d'evitar la distància que es produeix entre el Dret formalment proposat i la realitat social efectivament existent.<sup>20</sup>

Un dels postulats centrals que deriven d'una idea realista del Dret és el reconeixement del jutge com a creador de Dret, de manera que la presentació formalista que l'únic generador del sistema normatiu és el legislador es veu superada per la pròpia pràctica jurídica on el rol del jutge, és a dir, la interpretació i aplicació de la llei desencadena en creació de Dret mitjançant la jurisprudència. Aquesta manera d'entendre el sistema jurídic suposa una concepció radicalment oposada a les tendències imperants en les universitats estatunidenques de l'època i per tant, si s'entén que el Dret s'ha de configurar des de la seva aplicació efectiva, primaran els fets sobre les normes jurídiques. Aquesta crítica al sistema preexistent s'engloba en un conjunt de plantejaments recurrents en la majoria d'autors els quals, de forma general defensen que:<sup>21</sup>

- a) El Dret no és un sistema rígid de normes des de les quals, lògicament –a partir del mètode deductiu- puguin resoldre's els conflictes socials.
- b) El Dret té moltes inconsistències internes com llacunes, indeterminacions, contradiccions, *etcètera*, que permeten sostenir que en el moment de resoldre un conflicte jurídic no existeix una resposta inequívoca.
- c) La creació del Dret no resideix únicament en l'activitat dels legisladors, reconeixent-se en els jutges un paper preponderant en la producció de Dret, de forma específica quant a la seva interpretació i aplicació.
- d) La versemblança del Dret no resideix en la seva estructura lògica, sinó en la seva aplicació de la realitat.
- e) La metodologia de la interpretació de les normes ha de contenir premisses fàctiques per a poder resoldre de manera satisfactòria els conflictes intersubjectius i no basar-se només en regles preestablertes i raonaments apriorístics.

---

<sup>20</sup> LEITER, Brian. Capítol 7: *El Realismo Jurídico Estadounidense*. Pàgs. 1 i 2. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.

<sup>21</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 40-47. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

- f) L'operació que realitza el positivisme jurídic sobre el Dret és majoritàriament descriptiva, cosa que implica la reducció de les seves anàlisi de components purament formals, deixant de banda no només els valors –com ho critica el iusnaturalisme, sino també els fets que configuren la realitat del Dret.
- g) El Iusnaturalisme pretén, mitjançant la raó deductiva, obtenir un normativisme valoratiu, apriorístic i atemporal, fet que provoca que el Dret sigui merament una concepció dogmàtica de certes naturaleses de les normes i de Drets preexistents als éssers humans o implícits a la seva pròpia existència. D'aquesta manera, la tasca del jurista es tradueix en el reconeixement, o més precisament, en el descobriment de tals preceptes ocults sota les aparences de la realitat, però que pertanyen a l'essència mateixa de la humanitat. No així el Realisme, el qual pretén formular un sistema jurídic basat en les necessitats humanes a partir de l'observació de la realitat i les situacions *ad hoc*.

És per això que els realistes nord-americans van exposar, de forma diversa, una visió avantguardista que pretenia englobar el Dret i la societat; per a ells, la vida jurídica es caracteritza per ser fonamentalment incerta, per tant, podem destacar-ne tres aspectes. Primerament que allò que pot fer un jurista en realitat és, front als conflictes que ha de resoldre un jutge, únicament pot establir possibilitats de decisió i, com a molt, predir quina serà la més probablement escollida. El segon és l'ambigüitat de les pròpies normes, les quals per les seves característiques permeten una àmplia gama d'interpretacions possibles i finalment, la dificultat de verificar els fets al·legats en els procediments.<sup>22</sup>

A més, una altra qüestió que els autors realistes plantegen és la indeterminació del Dret; això implica dues concepcions: per una banda, que el Dret és racionalment indeterminat, és a dir, que els tipus o diversitat de raons existents no poden resultar en una única decisió, i en segon lloc, que el Dret és causal o explicativament indeterminat, de manera que els raonaments jurídics no són suficients per a explicar el per què de les decisions dels jutges ni la manera en què adopten aquestes decisions.

Els arguments realistes en favor de la indeterminació racional del Dret s'enfoquen, en sentit general, en l'existència de cànons incompatibles però, d'igual manera legítims,

---

<sup>22</sup> Ibid. Pàg. 40-47. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

per a la interpretació de precedents i estatuts. Bon exemple d'això és la demostració que Llewellyn va fer de l'admissió, per part de les Corts, del principi d'interpretació legislativa pel qual un estatut no pot anar més enllà del seu text, però també, el principi que per tal de donar efectivitat real a l'objectiu o finalitat d'un estatut, ha de ser implementat més enllà del seu text. És per això que les Corts poden aplicar adequadament ambdós canons quan es troben amb una qüestió d'interpretació legislativa, allò que realment importa és la raó que condueix al jutge a un determinat resultat.<sup>23</sup>

Llewellyn va oferir un argument similar sobre les formes d'interpretació oposades, però igualment legítimes d'interpretar els precedents. Segons aquest autor, qualsevol argument, qualsevol precedent pot ser interpretat o entès de forma estricta o de forma àmplia i ambdues lectures són acceptables, legítimes i honorables. La interpretació estricta es caracteritza per a ser específica a uns fets particulars d'un supòsit concret, mentre que la interpretació àmplia s'abstrau dels fets específics del conflicte per intentar generar un norma general. Això implica que si cada precedent no té un únic valor, és a dir, no genera una única rega sinó dues, les quals estan àmpliament separades i qualsevol valor que posteriorment la Cort li assigni serà respectable, el precedent, com a font de Dret, no pot proporcionar un resultat únic.<sup>24</sup>

Existeix una dificultat relacionada, la qual es troba vinculada amb un altre supòsit implícit de l'argument realista. Ha de denotar-se que l'argument realista en favor de la indeterminació del Dret –en realitat, de la indeterminació del Dret i del raonament jurídic- és basa en una tesi implícita sobre l'abast de la classe de raons jurídiques: és a dir, la classe de raons que els jutges poden adequadament invocar en la justificació d'una decisió. Els realistes admeten que les fonts legítimes del Dret s'esgoten en els estatuts i precedents ja que ells se centren de forma pràcticament exclusiva en els mètodes incompatibles però igualment admissibles d'interpretació d'estatuts i precedents per tal de justificar la indeterminació del Dret. Aquest fet ha implicat que autors posteriors, com Ronald Dworkin argumentessin que gran part de la

---

<sup>23</sup> LEITER, Brian. Capítol 7. Op. Cit. Pàgs. 4-7. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.

<sup>24</sup> LLEWELLYN, Karl. *El realismo jurídico norteamericano*. Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (coords.), *El ámbito de los jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Comares, 1994. Págs. 248 y 249.

indeterminació del Dret desapareix quan expandim la noció de fonts legítimes del Dret i hi incloem no només estatuts i precedents sinó també principis morals, ètics i polítics.<sup>25</sup>

És en aquest punt on podem recalcar una qüestió final sobre la indeterminació realista; al contrari d'estudis jurídics crítics posteriors, els realistes no van exagerar amb la dimensió de la indeterminació en el Dret perquè tenien car que el seu enfocament era la indeterminació en les revisions que fan els jutges d'apel·lació, en la qual podem esperar i certament, trobar un alt nivell de falta de certesa. Llewellyn va qualificar de forma explícita aquesta indeterminació dient que “en qualsevol cas suficientment dubtós per a fer al litigi una alternativa respectable, les premisses autoritatives disponibles són dues, ambdues contradictòries quan s'apliquen en el cas en qüestió”.<sup>26</sup>

Tots els autors importants d'aquest moviment estan d'acord en la indeterminació del Dret i les raons jurídiques, com a mínim en els supòsits que arriben a l'etapa d'apel·lació, així que la millor explicació del perquè de la decisió dels jutges i de la forma en que ho fan hem de buscar-la fora del propi Dret. D'aquí deriva el que podem denominar com l'afirmació central del Realisme; a l'hora de decidir en els litigis, els jutges responen primàriament als estímuls dels fets del cas concret, en comptes de respondre a raons o regles jurídiques. Clar exemple d'això és la afirmació d'Oliphant quan diu que les Corts “responen als estímuls dels fets en els casos concrets que han de resoldre, en comptes de respondre als estímuls de les abstraccions excessivament generals i obsoletes dels precedents i els tractats”, la qual fou confirmada pel jutge Joseph Hutchenson qui deia que “l'impuls motivant principal per a la decisió és el sentit intuïtiu d'allò que és correcte o incorrecte en el cas”. També en el mateix sentit, Llewellyn enfocava aquesta visió cap a l'exercici de l'advocacia, ja que, tot i que ells han de proporcionar a la Cort una “escala tècnica” per a justificar el resultat, la tasca real d'un advocat és, en base a uns fets, persuadir a la Cort que el seu argument és el correcte”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> LEITER, Brian. Capítol 7. Op. Cit. Pàg. 6. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.

<sup>26</sup> LLEWELLYN, Karl. *El realismo jurídico norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 249.

<sup>27</sup> Citat per LEITER, Brian. Capítol 7. Op. Cit. Pàg. 6-9. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.

A partir d'aquí hem de dur a terme diverses consideracions sobre la denominada afirmació central del Realisme:<sup>28</sup>

Primer, no és simplement la tesi trivial que els jutges han de tenir en compte els fets del cas en el moment de decidir la solució del mateix, sinó que aquesta tesi adquireix una rellevància major a l'hora de la decisió i per tant, que els jutges reaccionen als fets subjacents del cas, siguin o no aquests fets jurídicament rellevants.

En segon lloc, aquesta afirmació no defensa que les raons i regles jurídiques mai afectin en la decisió d'un jutge, sinó que són la influència més dèbil i per tant, que generalment tenen un efecte poc o nul, especialment els casos que més preocupaves als autors realistes que són aquells que arriben a l'etapa d'apel·lació.

Tercer, molts d'ells defensen aquesta afirmació central amb l'esperança que les regles jurídiques poguessin ser reformulades de forma més específica als fets i això és el que explica el profund impacte que el Realisme Jurídic va tenir en el Dret nord-americà i la seva reforma. Així, per exemple, Oliphant va parlar d'un "retorn al *stare decisis*", és a dir, la doctrina que argumentava que les regles establertes en casos anteriors havien de controlar els casos subsegüents que fossin rellevantment similars. La crítica d'aquest autor era que en la mesura que eres els acadèmics i les Corts qui articulaven les regles jurídiques, aquestes s'havien tornat tan abstractes i generals que ignoraven els contextos fàctics particulars en què les disputes originals se centraven. El resultat era que aquestes regles en darrera instància mancaven de qualsevol valor per als jutges en casos posteriors, i per tant, senzillament es limitaven a respondre als estímuls dels fets en els casos concrets en comptes de respondre als estímuls de les abstraccions excessivament generals i obsoletes dels precedents i tractats previs. És per aquest motiu que sostenia que una doctrina del *stare decisis* vertaderament significativa podria ser restaurada creant unes regles jurídiques les quals fossin molt més específiques a uns fets.<sup>29</sup>

## ii. Autors destacats.

---

<sup>28</sup> Citat per LEITER, Brian. Capítol 7. Op. Cit. Pàg. 6-9. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.

<sup>29</sup> Ibid. Pàgs. 8 i 9. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 15-03-16] [Accés gratuït] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.

Diem que el Realisme Jurídic nord-americà és la branca més coneguda d'aquesta corrent filosòfica de Dret ja que, a banda de comptar amb una gran quantitat de juristes de destacada rellevància sinó que a més, les seves idees han exercit fins a l'actualitat una enorme influència en tot el sistema jurídic nord-americà.

El jutge Oliver Wendell Holmes va ser la persona qui inicià el camí del Realisme amb la seva afirmació sobre la manca de lògica en la vida del Dret, de manera que és l'experiència, i precisament, el seu estudi, la que condueix a la essència del Dret i a la seva aplicació en casos concrets. Així doncs, defensa que és el conjunt de pronunciaments emesos a través de resolucions dels tribunals l'essència i per tant, allò que hem de considerar com a Dret.<sup>30</sup>

Fou professor en la Facultat de Dret de Harvard i magistrat de la Cort Suprema de Justícia dels Estats Units d'Amèrica. La seva idea del Dret com a reflex de la història d'una nació de què la seva essència només podem esbrinar atenent als estudis de les teories jurídiques i històrics el van portar a ser un dels personatges més influents de la societat nord-americana del segle XX. Precisament, el 1897 és l'any de publicació de la seva obra "*The Path of the Law*" en què exposa la seva teoria sobre la predicció del Dret establint el seu desenvolupament normatiu com un concepte de Dret impulsat per les costums socials i on les decisions polítiques s'erigeixen en la seva base; malgrat reconèixer que el llenguatge del Dret, i en particular, de les sentències judicials és normalment un llenguatge lògic-deductiu, no obstant, sempre hi és present un judici sobre el valor relatiu i la importància dels diversos fonaments legislatius en competència, de manera que els conflictes d'interessos, els problemes socials, la teoria política i les polítiques governamentals estan molt més relacionades amb les normes jurídiques que qualsevol sil·logisme.<sup>31</sup>

El seu pensament va constituir la base d'una nova filosòfica judicial que culminaria poc després de la seva mort, quan el Tribunal Suprem va començar a confirmar finalment la

---

<sup>30</sup> CAMPOS ZAMORA, J. Francisco. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas nº 122 (191-220) mayo-agosto 2010, pp. 191-219. Pàgs. 203-204.

<sup>31</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 32-33. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 03-04-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

legislació del “*New Deal*” i començà, per tant, una etapa d’observança de les decisions de la majoria parlamentària.<sup>32</sup>

Roscoe Pound ha estat considerat el fundador de la jurisprudència sociològica. Fou Degà de la facultat de Dret de Harvard entre 1916 i 1936, i és en aquesta universitat on realitza la major part del seu treball i investigació. La seva jurisprudència sociològica fou el pas següent per tal d’evidenciar la necessitat de realitzar investigacions sociològic-realistes en el camp del Dret amb argumentacions i consideracions més amples i detallades de les que va donar Holmes. Pound va centrar la investigació sociològic-realista en l’àmbit jurídic amb la finalitat pragmàtica d’elaborar una enginyeria social partint d’una anàlisi dels factors preceptius com regles, principis, doctrines, etcètera i una anàlisi dels interessos individuals, públics i socials, unit a la tasca que segons el seu criteri ha de caracteritzar a tot jurista sociòleg qui necessita estudiar els efectes socials concrets de les institucions i de les doctrines jurídiques, els mitjans per a convertir efectivament en operatives les normes jurídiques, realitzar un estudi sociològic com a activitat preparatòria de la promulgació de la legislació, analitzar la metodologia jurídic, elaborar un historial sociològic del Dret i reconèixer la importància de la solució raonable i equitativa en els casos concrets.<sup>33</sup>

Entén que la judicatura comprèn sempre la protecció jurídica dels interessos més diversos, tant els individuals, els col·lectius o els socials. La classificació que realitza requereix d’un ple coneixement sociològic i també de pautes valoratives amb la finalitat de determinar la forma en la qual han de ser protegits. És d’aquesta manera com el Dret reconeix, delimita i protegeix eficaçment els diferents interessos que es presenten realment en la societat. D’igual forma va provar de separar el Dret del dogmatisme, tant en allò que es refereix a la exegesis lògica-deductiva com en allò relatiu a l’historicisme. Considerava que malgrat ser vertader que el Dret té una estructura lògica, és un instrument creat per tal de regular la vida social i la seva eficàcia ha de mesurar-se d’acord amb la seva capacitat de complir amb els interessos humans. És per aquest motiu que el jutge ha de trobar plena llibertat per a buscar la solució més justa, en comptes de veure’s sotmès a la voluntat del legislador i la exegesis d’aquest tipus, les

---

<sup>32</sup> Ibid. Pàg. 34.

<sup>33</sup> POUND, Roscoe. *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I, 1959, p. 291. TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988, Pàgs. 96-97.

quals només fan que obstaculitzar el canvi social i la regulació de noves realitats en comptes d'afavorir la funció del Dret com a enginyeria social; en aquest sentit, podem acotar-ho dient que són els homes i no les regles aquells encarregats d'administrar justícia.<sup>34</sup>

Un altre autor que tingué una importància cabdal en el Realisme Jurídic nord-americà fou el professor de les universitats de Columbia i Chicago Karl Llewellyn, partidari de la necessitat d'una renovació metodològica del sistema jurídic i que suposà una autèntica ruptura tant amb el formalisme jurídic com amb el denominat "neopositivisme". Defensava que la doctrina jurídica i les seves regles no permetien preveure la forma en la qual havia de resoldre's un cas concret ja que el Dret s'actualitza en cada nova situació de conflicte. És per això qui explícita la distinció entre allò que ell designa regles en paper i regles efectives; les primeres engloben no només les normes formulades en les lleis i els reglaments, sinó també aquelles que els tribunals declaren en les seves sentències com a fonament per als seus pronunciaments. Les segones són les utilitzades pels jutges per tal de decidir realment sobre el fons de la qüestió en els litigis. La diferència entre ambdues no suposa que les primeres no tenen cap influència en la decisió judicial, ja que en determinats casos poden arribar a tenir una rellevància vital, no obstant, és un punt que cal determinar respecte de cada regla per mitjà d'un estudi sobre la realitat de la conducta judicial, ja que n'hi ha d'altres que no són ni tan sols considerades pels jutges a l'hora de resoldre o algunes que són considerades o fins i tot, mencionades com a fonament en la decisió del jutge però que en realitat no segueix o ho fa només de forma parcial.<sup>35</sup>

Una altra aportació fonamental que va realitzar fou la síntesi, probablement més exacta i concreta de les nocions fonamentals de què es caracteritzava la corrent de pensament realista en set punts:<sup>36</sup>

#### I. La concepció del Dret com un moviment.

---

<sup>34</sup> CAMPOS ZAMORA, J. Francisco. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Op. Cit. Pàg. 205.

<sup>35</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 32-33. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 03-04-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

<sup>36</sup> CAMPOS ZAMORA, J. Francisco. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Op. Cit. Pàg. 206.

- II. El concepte del Dret com un mitjà per tal d'assolir finalitats socials i no com una finalitat en sí mateix, de manera que cada branca ha d'ésser constantment examinada per a determinar si efectivament compleix amb el seu propòsit i la seva eficàcia i jutjar-ho a partir de la relació existent entre l'un i l'altre.
- III. La concepció de la societat com un constant fluir més ràpid que el Dret, de manera que sempre existeix la probabilitat que qualsevol punt del Dret hagi de ser reexaminat i avaluar fins a quin punt s'adequa a la societat a la qual ha de servir.
- IV. El divorci temporal entre ser i haver de ser a efectes d'estudi del Dret. L'argument consisteix en què no es pot fer de forma lògica o intel·ligent cap judici sobre allò que hauria de fer-se en un futur amb el Dret sense conèixer objectivament, en la mesura que sigui possible, l'objectiu del mateix en aquell precís instant.
- V. La desconfiança cap a les regles i conceptes jurídics tradicionals que intenten descriure allò que els tribunals i les persones duen a terme en l'actualitat, és a dir, una pèrdua de confiança cap a la teoria segons la qual les formulacions tradicionals de regles prescriptives són el factor operatiu més important en la producció de les decisions judicials.
- VI. La creença en la utilitat d'agrupar casos i situacions jurídiques en categories més específiques que les emprades en el passat. Aquesta idea és important connectar-la en la contínuament reiterada per tots els autors manca de confiança cap a les regles verbals, les quals sovint cobreixen situacions diferents i no senzillament situacions de fet.
- VII. Una insistència en avaluar qualsevulla part del Dret en termes d'efectivitat real i la insistència en la necessitat d'intentar trobar aquests efectes.<sup>37</sup>

Per últim, el darrer autor que destacarem és Jerome Frank, ja que va ser un dels filòsofs del Dret el qual, com els anteriors, tingué un paper cabdal en el moviment del Realisme Jurídic nord-americà, des de la seva faceta com a jutge de la Cort d'Apel·lacions del Segon Circuit i professor universitari. Va dirigir la seva mirada a l'anàlisi de la conducta efectiva del jutge i els problemes que es presenten en la apreciació de la prova, no obstant, també va desenvolupar un estudi de conjunt sobre l'ordre jurídic positiu, centrant-se en l'avversió corrent cap als juristes i el Dret en general a causa de la creença

---

<sup>37</sup> Ibid. Pág. 206.

que els juristes compliquen en excés el Dret, si bé, constata que en cap societat de la història ha estat possible constituir un sistema de regles omnicomprendives que atorguin resposta per a totes les qüestions possibles, ja que contínuament apareixen nous instruments de producció, nous mitjans de viatge, noves modalitat d'habitatges, de propietat, noves concentracions de capital, costums i ideals, els quals impossibiliten la pretensió d'instaurar un sistema que doni solució a tots els problemes i aquells qui creuen el contrari, diu, es deixen enganyar pel mite bàsic del Dret sobre l'existència d'una única resposta per a cada conflicte jurídic.

Aquest autor va desenvolupar el seu propi estil, ja que no es tracta d'un normativista en la mesura que les normes el preocupen poc, ni les jutja particularment enigmàtiques ni les hi atribueix una major influència en la superació dels dubtes suscitats per la recepció de la prova; tampoc és realista a la manera de Pound o de Llewellyn perquè aquests es preocupen per analitzar els factors que condueixen a la selecció de les normes aplicables a l'hora de dictar una sentència. Així doncs, el que realment considera important i per tant, objecte d'estudi és la determinació del procediment en virtut del qual els jutges de primera instància fixen els fets del cas que determinaran la aplicabilitat o inaplicabilitat d'una determinada norma, el qual fins el moment, estava dominat per un ambient d'incertesa.<sup>38</sup>

Així doncs, no li preocupava la predicció de la interpretació de les normes a causa de que les dificultats més importants predictives no provenen de la seva obscuritat com es creu comunament, sino que provenen de la incertesa davant els fets. És per això que entenia que tot jutge o jurat ha de formar-se una creença sobre els fets per tal de fonamentar la sentència. Es tracta del conflicte existent entre veritat processal i veritat material i no hi ha forma segura de garantir que aquesta creença del jutge o del jurat es correspongui amb la veritat dels fets tal i com van succeir en la realitat.

Conclou, en definitiva, que la majoria de sentències futures no és possible pronosticar-les i aquesta impossibilitat resulta de la impossibilitat de conèixer per anticipat la fixació de fets pels tribunal de primera instància i de la incertesa normativa, és a dir, de

---

<sup>38</sup> Ibid. Págs. 206-207.

la vaguetat d'alguns precedents o de dubtes sobre de quins precedents toca aplicar per part dels tribunals.<sup>39</sup>

Amb tot, el Realisme Jurídic nord-americà ha impregnat el sistema jurídic dels Estats Units d'Amèrica fins al punt que el jutge és la figura principal en els seus processos judicial, i els precedents, és a dir, la conducta dels jutges en conflictes previs, arriben a ser, no en poques ocasions, més importants que la pròpia llei.

Malgrat això, no és sino amb l'aparició de nous moviments iusfilosòfics on el llegat del Realisme Jurídic es fa més palès i corrents com el dels "*Critical Legal Studies*"<sup>40</sup> fan seves moltes de les crítiques esmentades per Realisme, per exemple, la crítica contra la il·lusió de la certesa i l'aplicabilitat mecànica del Dret, fent èmfasi en la indeterminació del llenguatge utilitzat en el Dret i l'enorme varietat de possibilitats que posseeix l'actor jurídic encarregat d'interpretar-lo en el moment de decidir sobre un cas concret. Amb aquesta crítica aspiren a posar al descobert el sentit polític de la pràctica quotidiana dels jutges i dels juristes, els quals construeixen el Dret mentre es veuen a ells mateixos com un instrument del mateix.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. Op. Cit. Pàg. 36-37. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 03-04-16] [Accés gratuït] <[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

<sup>40</sup> De fet, tenen una plataforma en línia en què animen als estudiosos del Dret crítics a publicar teories, anàlisi i comentaris de diversa temàtica relacionada amb la crítica legal. Es pot consultar a <<http://criticallegalthinking.com/>>

<sup>41</sup> CAMPOS ZAMORA, J. Francisco. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Op. Cit. Pàg. 208.

## **CAPÍTOL II: LA DOCTRINA DEL PRECEDENT.**

Un cop hem indagat en certa mesura en la corrent filosòfica denominada Realisme Jurídic, i per tant, tenim interioritzades algunes de les nocions bàsiques de què es compona, prosseguirem amb un estudi de la doctrina del *stare decisis*, ja que reflecteix d'una forma més o menys concisa, la idea dels autors realistes que hem anat estudiant de entendre el Dret des de l'experiència i per tant, des de la resolució de litigis concrets anteriorment ocorreguts. En aquest sentit ens plantejem que la pretensió de reduir el Dret a una ciència teòrica –somni del científic jurídic modern- no és possible, de manera que no queda altra opció que considerar el Dret des de la perspectiva de la raó pràctica, metodologia o triomf assolit pel Realisme Jurídic nord-americà que ha impregnat la sistemàtica o manera de fer del sistema jurídic nord-americà, és a dir, analitzarem si la cultura del *stare decisis* o doctrina del precedent se segueix com un dogma de fe i per tant, és inamovible o bé, la incipient aparició de legislació reguladora, l'*statute law*, està provocant que aquesta figura quedi en un segon terme, fet que suposaria una aproximació a les característiques pròpies d'un sistema de *civil law*.

És per això que partint d'una breu comparació amb aquesta figura en el Dret anglès, el qual en constitueix l'origen, ens centrarem en les especificitats que ha patit en el sistema jurídic nord-americà.

La cultura jurídica de la civilització occidental es pot dividir en dos grans blocs que comprendrien, un d'ells, els països que van codificar el seu Dret a mode del *Corpus Iuris*, acollint-se en conseqüència a les estructures del Dret romà i conformant el que es denomina “sistema continental romanista”, “Dret continental” o “sistema de *civil law*” i aquells altres països que elaboren el Dret sota el nom de “*common law*” o “Dret angloamericà”.<sup>42</sup>

Les diferències essencials entre aquestes dues grans visions del Dret occidental són, en gran mesura, molt més d'estructura metodològica, de fonts i de tècniques que no pas del contingut substantiu de les normes. Això no implica que no existeixin divergències respecte del Dret substantiu, no obstant això aquestes no són més notòries que les que

---

<sup>42</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados: La comparación common law/civil law*. Editorial Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2010. Pàg. 77.

puguem descobrir aplicant un criteri comparatista entre els diferents sistemes jurídicos dels Estats en particular.<sup>43</sup>

Aquesta desigualtat es mostra amb notable intensitat en el tema de fonts del Dret – en la major jerarquia que s’atorga al Dret legislatiu, a la llei com a font primigènica en els sistemes continentals de *civil law* contra la primacia de la costum i la jurisprudència que s’estableix en els sistemes de *common law*. No és una mera qüestió de localització de l’ordre jeràrquic de les fonts, sinó que a més, la llei és font que subministra un criteri genèric en el Dret continental, mentre que per al Dret angloamericà és només una regla excepcional, la qual regula els sectors expressament establerts pel legislador, com a exceptuats del principi general del *common law*.<sup>44</sup>

És per això que en el cas del sistema de *civil law* el mètode que se segueix és el d’anar del principi normatiu al cas particular és a dir, una metodologia lògic-deductiva per la qual a partir de dues premisses –premissa 1, que són els fets, i premissa 2, que és la norma- s’arriba a una solució o conseqüència jurídica la qual donarà la resposta al litigi plantejat, mentre que en el sistema de *common law*, aquest ordre s’altera de manera que a partir d’un cas particular resolt s’infereix el principi normatiu aplicable als casos posteriors, és a dir, l’essència del *case law*, el seu esperit, és la pròpia vida jurídica en la seva realitat actual.<sup>45</sup>

El Dret angloamericà, el qual segueix les estructures bàsiques del *common law* anglès, en l’estat actual de la evolució del pensament jurídic dels Estats Units que ve donada per la corrent filosòfica de què es basa aquest estudi, és a dir, el Realisme Jurídic, suposa la fi del dogma polític de la separació de poders. El fet que el jutgador sigui algú diferent del legislador, afirmació que va provocar les primeres traces de doctrina i segons la qual, el jutge era un mer descobridor de quelcom que ja existia amb anterioritat a la sentència, ha estat totalment abandonat en les modernes concepcions realistes o sociològiques del Dret, segons les quals, el jutge és qui crea la sentència judicial i conseqüentment i al mateix temps, elabora les formes de normació jurídica.

---

<sup>43</sup> ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Derecho y realidad: notas de teoría sociológica*. Editorial Librería Juris. Rosario, 2005, Pàg. 165.

<sup>44</sup> Ibid. Pàg. 165.

<sup>45</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, Javier. *Creación Judicial del Derecho: Crítica de un paradigma*. Editorial Dykinson. Madrid, 2006. Pàg. 519.

Aquestes tendències sostenen que els tribunals nord-americans, en el moment en què apliquen el Dret vigent, creen, d'alguna manera i dins de certs límits, normes jurídiques exigibles.<sup>46</sup>

Així doncs, el *common law* s'estructura sobre la base de dos principis fonamentals que responen sense cap mena de dubte a un fonamental radical únic:

Per una banda, la doctrina dels precedents, segons la qual, els litigis han de ser jutjats de conformitat amb els principis inferits de l'experiència judicial anterior, i la primacia del Dret, la qual consisteix a sostenir que el sobirà i els seus representants han d'obrar segons principis i no atenent a una voluntat arbitrària. Així ho manifesta Roscoe Pound, autor tractat amb anterioritat en aquesta obra, quan en la seva obra magistral "*The spirit of common law*" diu que "idèntic esperit anima ambdues institucions doctrinals: raó contra voluntat; el primat del raciocini sobre la voluntat arbitrària té la seva consagració en aquests principis vertebrals de la idea del Dret angloamericà"<sup>47</sup>. És a dir, segons Pound, la doctrina del *common law* consisteix en aplicar la raó a la experiència, partint del supòsit que la experiència subministra el fonament més satisfactori per als estàndards d'acció i principis de decisió.

Per aquesta raó, els sistemes classificats com de *common law* es caracteritzen per<sup>48</sup>:

1. El *common law* és un conjunt de principis i pràctiques no escrites la autoritat de les quals no deriva d'una declaració de mandat singular i positiu a través d'una explícita font d'origen legislatiu o executiu.
2. És un Dret format pels jutges. (*judge-made law*).
3. Els tribunals inferiors estan obligats a seguir les decisions en forma de precedent dels tribunals jeràrquicament superiors.
4. Els principis del *common law* provinents de l'antiga costum, només poden ser autoritzadament coneguts o descoberts i aplicats o declarats en el context dels procediments judicials.
5. El *common law* és preponderantment pràctic, no pas teòric. En el centre hi trobem l'*adversary proceeding* en els tribunals – una confrontació entre dues

---

<sup>46</sup> ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Derecho y realidad*: Op. Cit. Pàg. 166.

<sup>47</sup> POUND, Roscoe. *El Espíritu del Common law*. Editorial Bosch, Barcelona, 1954. Pàg. 203.

<sup>48</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados*: Op. Cit. Pàgs. 145-177.

parts contendents, cadascuna fent al·legacions i peticions en el context específic de la controvèrsia-.

6. És un Dret no escrit, en el sentit que no està codificat.
7. Les regles del Dret del *common law* –menys abstractes que les del *civil law*- són regles que tracten de donar solució a un procés, i no regles generals per a un futur. Al mateix temps, els principis jurídics, tal i com són desenvolupats pels tribunals se sometent a una sèrie limitada de regles que emanen de decisions anteriors.

Així doncs, sense més dilacions, iniciem aquesta comparació entre la doctrina del *stare decisis* en el Dret anglès i el Dret nord-americà, començant per l'origen, el qual, com hem dit anteriorment, sabem que no és ni de lluny el Realisme Jurídic, però cal tenir-lo present ja que la història és necessària per a entendre qualsevol sistema jurídic i més quan parlem dels sistemes de *common law* per parlar del seu naixement, supervivència i desenvolupament al llarg de tants anys.

## I. El precedent en el Dret Anglès.

### i. Origen del Precedent.

La història del Dret Anglès sol dividir-se en quatre etapes. La primera, l'etapa anglosaxona, és el termini anterior a la conquesta normanda de 1066; la segona que dura del 1066 a 1485 és el període de formació del *common law* i és quan es comença a desenvolupar un nou sistema de Dret en contra de les costums locals. La tercera, que va de 1485 a 1832 és el termini en què s'expandeix el *common law* i finalment, la quarta que comença el 1832 i s'allarga fins els nostres dies és l'època en què el *common law* ha de fer front a un desenvolupament sense precedent de la llei i acomodar-se a una societat dirigida cada cop més per la Administració.<sup>49</sup>

Quant a la primera etapa, podem dir que la història del Dret a Anglaterra comença quan cessa el domini romà i quan les diverses tribus d'origen germànic es reparteixen el país. Les lleis es redacten igual que a l'Europa continental, però no en llatí sino en la llengua anglosaxona; únicament regulant aspectes limitats de les relacions social i no hi ha un Dret comú per tota Anglaterra.

---

<sup>49</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Editorial Civitas, S. A. Fuenlabrada (Madrid), 1995. Pàgs. 18-19.

La conquesta normanda constituirà un esdeveniment fonamental en la història del Dret anglès, ja que aporta a Anglaterra, amb una ocupació estrangera, un poder fort, centralitzat i ric en una experiència administrativa provada en el territori de Normandia. Així doncs, s'instal·la, amb la conquesta dels normands, el feudalisme a Anglaterra. Una de les qüestions fonamentals per a comprendre el *common law* és la següent: ¿per què la defensa i glorificació de l'antic Dret consuetudinari va portar a Anglaterra al desenvolupament d'un sofisticat i complex sistema jurídic, mentre que en el continent europeu es a estendre i perpetuar una divisió en estats? Segons Woodard la resposta hem de buscar-la en les polítiques dels primers reis, sobre tot d'Enric II i Eduard I qui van lluitar per establir i mantenir un ordre polític estable front a forces divisòries que amenaçaven amb minar el poder de la Corona. Aquestes forces eren fonamentalment dues: per una banda els barons terratinents que reclamaven el dret d'exercir la sobirania sobre el seu domini feudal, i per l'altra, els diferents sistemes jurídics i els seus respectius tribunals –feudals, eclesiàstics, locals, mercantils, *etcètera*-. Enric I estableix el Dret anglès culminant amb el que coneixem com a *common law*. Ell s'adonà que la clau per a l'èxit de qualsevol sistema jurídic està vinculada no tant al Dret que reposa en les lleis dels llibres, com en el significat pràctic a través del qual el Dret s'aplica. En aquesta època el Dret aplicat pels tribunals va arribar a ser tant popular que es convertí en el Dret comú de tot el regne.<sup>50</sup>

Al llarg de la segona i tercera etapa sorgeix una estructura administrativa i judicial que s'expandeix per tot el regne i es controlada per una petita elit centralitzada d'administradors reials. El sistema de tribunals estava compost per tribunals centrals junt amb un conjunt de jutges que visitaven regularment la resta del regne, el qual es dividia a efectes legals en districtes. Aquest sistema fou operatiu des de finals del segle XIII fins a meitats del segle XIX i proporcionava una estructura burocràtica efectiva capaç de produir un cos coherent de Dret basat en la costum del Regne i establia un sistema amb què aquest Dret podia estendre el seu efecte sobre el Regne com un tot. El *common law* es considerava que representava un ordre racional de les regles que governaven la conducta humana i la exigència dels juristes era que es proveís d'una

---

<sup>50</sup> Ibid. Pàgs. 19-20.

regulació completa. Aquests factors contribuïen a la habilitat del *common law* de resistir a la amenaça de la codificació.<sup>51</sup>

Durant l'època de 1485 a 1832, el *common law* es va trobar amb dos perills: el de no poder desenvolupar-se amb la suficient llibertat com per donar satisfacció a les necessitats de l'època i el d'una esclerosi mantinguda per la rutina dels juristes. Com a conseqüència d'això, al costat del *common law* va aparèixer un Dret rival, que en el llarg dels anys podria arribar a suplantar-lo, anomenat l'*equity*. D'aquesta manera, des del segle XIV, els particulars que no podien obtenir justícia en els Tribunals Reials per tractar-se de qüestions noves o aquells que estaven ofesos per la solució donada pels tribunals, es dirigien al Rei per a sol·licitar la seva intervenció. Com que aquestes peticions especials normalment eren acceptades i decidides, la Cancelleria va crear un tribunal: el Tribunal de la Cancelleria i el sistema de justícia que es va desenvolupar es va conèixer com a *equity*.<sup>52</sup> Amb tot, aquesta metodologia no va arribar a suplantar al *common law* sinó que es va arribar a una solució de compromís per tal que ambdós sistemes subsistissin, tant els tribunals del *common law* com la jurisdicció del Canceller. La jurisdicció del Canceller subsisteix però únicament jutjarà conforme als seus precedents per tant, s'allibera de les crítiques respecte de la seva arbitrietat de què se l'acusava. És per aquest motiu per què avui en dia el Dret anglès té una estructura dualista: al costat de les regles del *common law* es troben les regles de la *equity*.<sup>53</sup>

Els segles XIX i XX representen una època de transformació fonamental en la història del Dret anglès caracteritzada pel desenvolupament sense precedents de la legislació que el reforma en base a tres elements: el procediment, la organització judicial i les solucions de fons que ofereix el Dret.<sup>54</sup>

El significat que avui en dia té el precedent és diferent al que tenia en un origen. Inicialment les decisions dels tribunals eren considerades expressions d'opinions sobre el Dret, el pes de les quals depenia del jutge o jutges que les pronunciaven, però no obligaven als jutges a seguir-les. La cita de precedents era un poderós instrument retòric o argumentatiu però els juristes tenen clar que cap precedent és tan persuasiu com la

---

<sup>51</sup> Ibid. Pàg. 21.

<sup>52</sup> Ibid. Pàg. 22.

<sup>53</sup> Ibid. Pàgs. 22-23.

<sup>54</sup> Ibid. Pàg. 23.

raó. Si bé, poc a poc es va convertint en regla allò que un dia un jutge decidís en un litigi, en totes les causes futures similars s'imposés el mateix pronunciament. Així neix la doctrina del *stare decisis* i el caràcter especial del *common law* fins a arribar a ser obligatòria segons la importància del pronunciament i el tribunal que el va imposar. No obstant, abans que s'estableixi definitivament aquesta metodologia han de complir-se dues condicions:

1. Ha d'haver-hi una jerarquia de tribunals establerta perquè d'altra manera no pot saber-se quina decisió obliga a qui.
2. Han d'existir compilacions fiables dels casos.

Aquestes condicions només es compleixen cap a meitats del segle passat, i és quan sorgeix la moderna doctrina del *stare decisis*.<sup>55</sup>

ii. Naturalesa del precedent.

Després d'aquesta breu menció històrica, resulta indispensable referir-nos a la qüestió de la naturalesa del *common law* i el seu origen. En el Dret angloamericà trobem dues teories oposades en relació a aquestes dues qüestions.

Per una banda, la teoria declarativa defensa que el Dret és una entitat que existeix independentment i abans de la decisió judicial, és a dir, hi ha un cos complet de Dret preexistent o sistema de regles disponibles per a la aplicació a qualsevulla situació que pugui sorgir. D'aquesta manera sostenen que les decisions dels tribunals no són més que l'evidència o manifestació del Dret. Si bé se'n desconeix l'origen exacte, la formulació tradicional d'aquesta teoria està realitzada per William Blackstone, jurista britànic qui assenyalava que el Dret no escrit inclou no solament les costums generals o *common law* sinó també les lleis particulars que són consuetudinàriament observades en certs tribunals o jurisdiccions, per tant, la seva autoritat ve donada per la seva qualitat d'obligatòries i de força de llei, pel seu ús prolongat i immemorial i per la seva recepció universal a través de tot el regne. Així doncs, aquest autor defensa que el *common law* està constituït per les costums prolongades i immemorials del Regne, de la manera en què han estat declarades pels jutges en sentències anteriors. Aquestes sentències són la prova d'aquestes costums i no poden ser discutides o qüestionades, tot i que es reconeixen dues excepcions a la aplicació obligatòria del precedent: la primera, quan la

---

<sup>55</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados*: Op. Cit. Pàgs. 140-145.

sentència del precedent és contrària a la raó de manera evident i la segona, quan és contrària a la llei divina. Aquesta teoria fou acollida i desenvolupada als Estats Units per autors com Carter, malgrat que per a aquest autor el *common law* està format no només per les antigues costums, sinó també per les costums dels tribunals del Rei i per tant, el *common law* és costum i els jutges no fan altra cosa que declarar el Dret tal com és: la sentència és una declaració judicial de costums.<sup>56</sup>

Per l'altra banda, la segona teoria que podem denominar com a constitutiva, es produeix com a conseqüència de les crítiques que molts autors, per exemple, els realistes com Llewellyn, Pound o Holmes, dirigeixen contra la teoria anterior, és a dir, la teoria declarativa. Aquests assenyalen que es una ficció pueril concebre el dret com existent amb independència i abans de les decisions judicials; contràriament a aquesta afirmació, defensen que el *common law* no està constituït per costums immemorials, sinó que ho està per normes creades pels jutges a l'hora de decidir els casos concrets sotmesos a la seva consideració. Dos crítiques a la teoria declarativa són els principals pilars d'aquesta segona teoria. Primerament, la teoria declarativa no és compatible amb l'origen i desenvolupament del Dret. La decisió d'un tribunal no pot realitzar canvis en el Dret, i en cas que això fos compatible amb la teoria declarativa, aquesta perdria les avantatges que té sobre la teoria constitutiva ja que els jutges són intèrprets passius i no es necessita que els jutges elaborin Dret amb caràcter retroactiu. Bona part dels defensors de la teoria declarativa sostenen que el Dret ha existit sempre, no obstant, aquesta afirmació es redueix a l'absurd en el moment que si el Dret fos costum, un canvi en la mateixa suposaria un canvi en el Dret. Ara bé, la dificultat rau en conciliar aquesta teoria amb la tesi que el Dret és un conjunt complet de regles sempre preexistents i suficients per a qualsevol cas que sorgeixi en el futur, i amb el fet que hi ha molts casos en què no hi ha possibilitat de trobar regla, opinió, costum o ús preexistent.

La segona crítica Posa de relleu que no es pot conciliar l'evolució del Dret amb la tesi que la tasca del jutge és merament declarativa. Per a que una decisió judicial tingui l'efecte d'un canvi en el Dret, hem de tenir una decisió que faci quelcom més que

---

<sup>56</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. "El precedente...". Op. Cit. Pàgs. 23-28.

aplicar el Dret preexistent, ja que si el tribunal simplement aplica el Dret, aquesta decisió mai patirà cap canvi.<sup>57</sup>

iii. La maniobrabilitat dels jutges.

La aplicació del precedent sembla comportar un estancament del Dret i una correlativa inadequació del mateix d'acord a la evolució de la societat, és a dir, la doctrina del *stare decisis* pot comportar una disposició a atènyer-se a antigues decisions, seguir costums anteriors i conformar-se amb les decisions preexistents. Suggereix una condició d'immobilisme, un sistema de Dret el contingut del qual està més o menys determinat i conseqüentment, una estabilitat del sistema jurídic que omet els grans canvis socials, tecnològics i econòmics dels darrers anys. No obstant això, res més lluny de la realitat, ja que l'aplicació que els tribunals fan del precedent aconsegueix que el Dret també evolucioni. Avui en dia podem dir que l'aplicació del precedent pels tribunals difereix molt de ser rigorosa. La flexibilitat del sistema del precedent és preservada per la relativa llibertat amb què els tribunals poden i sovint determinen la finalitat i els límits dels precedents passats i si els apliquen a les noves circumstàncies o les distingeixen dels casos que es van considerar essencials en anys anteriors. Podem dir que, tant la possibilitat reconeguda de Dret- que determinats tribunals puguin apartar-se dels seus precedents, com l'efectiva separació de fet- dels precedents possibilita l'evolució del Dret anglès. Així doncs, la maniobrabilitat del *stare decisis* dels tribunals anglesos té lloc a través dels següents mecanismes:

1. Alguns tribunals, admetent que la doctrina del *stare decisis* s'ha d'aplicar amb caràcter general, justifiquen la inaplicació de la mateixa quan un canvi de les circumstàncies autoritza un canvi en la regla.
2. En altres casos es basen en la regla de l'expansibilitat del *common law*, que implica considerar-lo com un organisme viu que creix i es desenvolupa en resposta a l'evolució de la nació.
3. Així mateix, s'adverteix que el Dret no consisteix en les regles aplicades per les decisions dels tribunals, sinó en els principis de què neixen aquestes regles. Aquesta argumentació s'empra per a defensar que si el precedent entra en conflicte amb les regles i els principis generals no té caràcter imperatiu.

---

<sup>57</sup> Ibid Pàgs. 28-31.

4. Una altra fórmula per a apartar-se del precedent consisteix en la utilització de la màxima *cessante razione cessat ipsa lex*, és a dir, quan cessa la raó per a la regla cessa la pròpia regla.
5. A la pràctica, l'instrument més important per a apartar-se del precedent és la tècnica de distingir un cas d'un altre anterior quan en realitat són pràcticament idèntics.
6. Una altra font de flexibilitzar la doctrina del *stare decisis* és el fet que els jutges, la lògica, la política social i tota la resta de fonamentació presentada per advocats poden manipular els precedents.<sup>58</sup>

iv. La ratio decidendi.

El concepte de *ratio decidendi* és clau en la doctrina del precedent, ja que en realitat els tribunals no estan obligats a seguir les decisions, sinó la *ratio decidendi*. De les múltiples definicions existents, destacarem els cinc usos més utilitzats en la literatura jurídica anglosaxona per a definir-la:

- a) La regla de Dret explícitament establerta pel jutge com a base per a la seva decisió, és a dir, la resposta explícita a les qüestions de Dret en el cas concret resolt.
- b) La raó explícitament donada pel jutge per a la decisió, per tant, la justificació explícita a la resposta donada a les qüestions del cas.
- c) La raó implícitament donada pel jutge per a la decisió; això és, la justificació implícita per la resposta donada a la qüestió en el cas.
- d) La regla de Dret implícita en el raonament del jutge a l'hora de justificar la seva decisió.
- e) La regla de Dret per la qual es fonamenta el cas o es cita com autoritat per un posterior intèrpret.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados*: Op. Cit. Pàgs. 145-177.

<sup>59</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente judicial*. Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 4, marzo – agosto 2013. Pàgs. 194-201. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 27-03-16] [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1523>>.

Una altra qüestió relacionada amb la anterior és la relativa al mètode per establir la *ratio decidendi*. Els principals són els coneguts com el “Test de Wambaugh” i el “Test de Goodhart”.

Segons el primer, que constitueix la teoria clàssica, en la mesura que la *ratio decidendi* és el principi de Dret pronunciat pel tribunal com a base per a la seva decisió, s’ha de determinar quina és la regla general sense la qual el cas hagués estat decidir d’una altra manera; si formulada aquesta, un canvi en la *ratio domini* implica un canvi en la decisió, significa que aquesta regla és la *ratio domini*. Si pel contrari, un canvi en la *ratio domini* deixa la decisió inalterada, implica que la suposada *ratio* es un mer *dictum*. En resum, la *ratio domini* constitueix la premissa major d’un sil·logisme la premissa menor del qual és la situació de fet del cas i la conclusió del mateix és la decisió.

Segons Goodhart, la *ratio decidendi* consisteix en els fets del cas considerats pel jutge en la sentència com a fonamentals i la seva decisió, en tant que es basa en els mateixos. La tasca del jutge a l’hora d’analitzar un cas no és la d’establir els fets i la conclusió, sinó determinar els fets fonamentals tali com han estat considerats pel jutge i la seva conclusió en tant que està basada en els mateixos. És per l’elecció dels fets fonamentals que el jutge crea el Dret. Una vegada establerts aquests fets principals i els que no ho són, es pot establir el principi del cas, que es troba en la conclusió que obté el jutge.<sup>60</sup>

Com podem apreciar, una de les dificultats per tal d’establir la *ratio decidendi* d’una decisió és la distinció d’aquesta de les *obiter dicta*, això són les consideracions fetes a la sentència que no han estat necessàries per a adoptar la decisió. El problema rau en que són els tribunals posteriors els que decideixen quines són les consideracions necessàries fetes en les sentències anteriors ja que els tribunals no acostumen a indicar-les expressament.

Podem distingir dos tipus d’*obiter dicta*. Per una banda, les *obiter dicta* en sentit estricte són aquelles consideracions que no tenen cap relació d’implicació lògica amb el supòsit de fet objecte del cas, les quals són totalment irrelevantes. D’altra, trobem manifestacions que, tot essent *obiter dicta*, són l’antecedent o la

---

<sup>60</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. “*El precedente...*”. Op. Cit. Pàgs. 83-86.

conseqüència lògicament imprescindible de l'elecció interpretativa realitzada pel jutge en el cas concret, de manera que estan vinculades per un nexa de prejudicialitat o subordinació amb la *ratio decidendi*. En aquest cas, la vinculació entre *ratio i obiter dicta* és tan estreta que es pot atribuir a aquesta última el caràcter de precedent.<sup>61</sup>

Així doncs, podem diferenciar tres models de raonament a partir dels precedents:

1. El model d'analogia, quan cada cas és considerat senzillament com un exemple il·lustratiu d'una decisió correcta o raonable, considerant tots els fets rellevants i per tant, com una guia pràctica per a les decisions futures en casos similars. La qüestió decisiva és que s'entén per cas similar.
2. El model de regles, quan una regla (*ratio domini*) adscrita a un cas precedent es considera apropiada per a ser aplicada pels tribunals en casos futurs. En aquest cas el tribunal que decideix un cas ha de determinar si algun precedent té un *ratio* rellevant per al cas present i aleshores haurà d'aplicar-la, tret que existeixi alguna diferència entre el cas present i el precedent o una altra raó vàlida per a no aplicar-lo.
3. El model principi-exemplificatiu, en què el precedent, en relació amb el seu propi context fàctic, pot ser considerat com a base per a la formulació d'un principi jurídic que pot ser rellevant per a decidir en casos futurs. En aquest supòsit, cal considerar si els precedents contenen principis útils per a justificar la decisió present.<sup>62</sup>

v. L'*statute law* en el Dret anglès.

Per últim, abans d'endinsar-nos en el precedent en el sistema jurídic dels EEUU cal fer menció de la legislació, ja que juntament amb el precedent i la costum suposen les fonts del Dret i per tant, un estudi del *stare decisis* no pot finalitzar sense tenir en compte aquesta font del Dret.

---

<sup>61</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente judicial*. Op. Cit. Pàgs. 194-201. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 27-03-16] [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1523>>.

<sup>62</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente judicial*. Op. Cit. Pàgs. 194-201. [En línia]. 1a ed. [data de consulta: 27-03-16] [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1523>>.

La legislació ha estat considerada a Anglaterra durant molts segles com l'excepció del precedent, ja que els principis jurídics fonamentals van ser establerts en les decisions dels tribunals i incorporats al cos del *common law*, mentre que les lleis angleses feien referència a detalls concrets del Dret. No obstant això, ha canviat des de la segona meitat del segle XIX i avui en dia la preponderància del *case law* ha estat seriosament alterada per l'avenç del *statute law* ja que moltes regles generals s'han incorporat en les lleis, especialment en les *Consolidation Acts*.<sup>63</sup>

La legislació es classifica en legislació principal, legislació delegada i legislació comunitària. La primera és el Dret creat directament pel Parlament. La legislació delegada són les lleis promulgades per altres institucions que formen part de la branca executiva del Govern: la Corona, els ministeris, departaments d'Estat, corporacions públiques i autoritats locals, les quals estan subjectes a una llei del Parlament. Finalment, el dret comunitari, el qual es compon per legislació primària, és a dir, els Tractats fundacionals de la Comunitat Europea i la legislació secundària, composta pels reglaments, directives, decisions, recomanacions i opinions. Les relacions entre els diferents tipus de legislació són les següents. En primer lloc, trobem la legislació comunitària, la qual preval sobre el Dret dels Estats membres, en aquest cas, sobre el Dret del Regne Unit i per tant és d'aplicació directa. En segon lloc, la Llei del Parlament anglès és superior a la legislació produïda per les autoritats legislatives subordinades, de manera que la legislació delegada ha de respectar els límits imposats per la Llei del Parlament; si no, serà declarada invàlida pels tribunals per ser *ultra vires*.<sup>64</sup>

En aquest sentit, malgrat la importància del precedent en el Dret anglès, no hi ha dubte que aquesta és una font subordinada a la legislació, de manera que quan el Dret d'origen legislatiu entra en contradicció amb el precedent, preval el primer; el Dret anglès no estableix límit al Poder Legislatiu del Parlament –tret dels establerts en el Dret comunitari-. Aquesta superioritat implica que el precedent pot ser modificat per una llei, mentre que a l'inrevés en cap cas succeirà. Els jutges no tenen un poder recíproc de deroga una disposició legal, si bé, juristes com Lord Denning han suggerit extrajudicialment que els tribunals haurien de tenir aquest poder d'anular les lleis en base a la inconstitucionalitat, en la línia de les funcions exercides pel Tribunal Suprem

---

<sup>63</sup> La *consolidation* és el procés d'unificació i sistematització en un únic text d'una matèria regulada en diferents textos legals i el seu producte s'anomena *Consolidation Act*.

<sup>64</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. "El precedente...". Op. Cit. Pàgs. 119-122.

dels Estats Units. Tampoc tenen la llibertat per a crear nou Dret que té el Parlament, ja que el Parlament és lliure per a crear Dret sobre qualsevulla matèria que consideri, mentre que els tribunals estan limitats pels fets del cas.<sup>65</sup>

Així doncs, sembla evident que, malgrat la doctrina del precedent és plenament vigent en el sistema jurídic anglès, la realitat ens demostra que la importància del precedent com a element característic del Dret anglès pot portar-nos erròniament a pensar que l'*statute law* és quantitativament menor que en els països de *civil law*; res més lluny de la realitat, ja que aquesta font és quantiosa i sense menysprear la importància del *common law*, cal destacar que l'entramat del Dret anglès consisteix actualment en una mescla de *common* i *statutory law*.

Conseqüentment, segons autors com Radcliffe-Cross, en els últims cent anys la llei ha jugat una part considerable en el desenvolupament del nostre Dret privat i està destinada a jugar una part creixent en aquest àmbit en un futur recent.<sup>66</sup>

## II. El precedent en el Dret dels Estats Units.

El Dret nord-americà és una manifestació peculiar del sistema del *common law*, de manera que per tal de d'entendre els plantejaments doctrinals que sorgeixen en el Dret angloamericà és necessari fer un breu esment del Dret vigent en els Estats Units.

Cal tenir present que tota l'estructura jurídica nord-americana està basada en un principi essencial d'autonomia, és a dir, que en funció del seu rigorós sistema federal, cada Estat conserva per a sí mateix el poder legislatiu, el poder executiu i el poder judicial. El Congrés Federal legisla només en relació a les matèries que expressament han estat delegades pels estats, quedant tot el gruix de la legislació ordinària en potestat de les legislatures locals. Temes com el matrimoni, la propietat, la successió, els contractes o la responsabilitat són temes vetats al Congrés Federal i conseqüentment, propis i específics de la competència legislativa estatal. Doncs idèntica autonomia podem apreciar en la organització del seu sistema judicial.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Ibid. Pàgs. 122-127.

<sup>66</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados*: Op. Cit. Pàgs. 145-177.

<sup>67</sup> ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Derecho y realidad*: Op. Cit. Pág. 167.

Per aquesta raó trobem l'enorme dificultat que als Estats Units no s'aplica només un Dret, sinó tants Drets com Estats de què es compona la Unió, i en conseqüència, malgrat tots els Drets es troben vinculats per una mateixa arrel genètica, el *common law* anglès, mantenen la seva estricta autonomia.<sup>68</sup>

i. Rebuda del *common law*.

Així com la majoria de països europeus van rebre el Dret romà, les colònies angleses de Nord Amèrica van acollir el sistema jurídic propi del Regne d'Anglaterra. Aquest fou un procés de llarga durada, el qual no fou exempt de problemes. En un primer moment, el colons començaren a legislar per sí mateixos rebutjant el Dret anglès i dotant-se de codis simples que acollien les normes evangèliques i els principis del Dret natural; clars exemples d'això en són els codis de Massachussets de 1643 o el de Pennsilvania de 1682. En el segle XVII el Dret anglès va resultar excessivament complicat i estrany per a convertir-se en el Dret de les colònies angleses d'Amèrica. Els juristes competents eren escassos, els llibres de Dret inexistents o difícilment accessibles i no es publicaven recopilacions de casos. Els tribunals es composaven, en la seva majoria, per magistrats inexperts, els quals administraven justícia segons els dictava el sentit comú i la raó natural amb alguna orientació legislativa i no es considerava requisit indispensable que els jutges tinguessin instrucció jurídica.

El Dret nord-americà es composava, en parts desiguals, per fragments del *common law*, Dret local i Dret canònic i per a complicar més el panorama jurídic, les colònies es prestaven el Dret entre elles amb molta cura, escollint només aquells fragments de Dret considerats apropiats a les seves condicions locals.

Fou en el segle XVIII quan el *common law*, el qual acabà per imposar-se, comença a considerar-se de manera diferent. Malgrat que no hi ha juristes *stricto sensu*, el *common law* es veu com un instrument que pot ser utilitzat per a protegir les llibertats civils i com un llaç d'unió entre tot l'anglès als EEUU davant l'amenaça que implicava Luisiana i el Canadà francesos. Així doncs, s'erigeix com el baluard de les llibertats públiques contra l'absolutisme reial i constituirà el mitjà ideal per a lluitar contra l'imperialisme londinenc. Així doncs, la causa per què s'adopta és, en fons, la mateixa que la de rebre el Dret romà en l'Europa meridional: un substituït del regne de la força.

---

<sup>68</sup> Ibid. Pág. 168.

La Independència americana proclamada el 1776 va crear unes condicions completament noves per a les ex colònies angleses, que es constituïren en allò que avui dia coneixem com els Estats Units. Juntament amb la independència política, va créixer la idea de la necessitat d'un Dret autònom, fet que fomentà la idea de la codificació i escriptors i magistrats que anteriorment defensaven el *common law* el consideren en aquest moment una institució monàrquica o aristocràtica.<sup>69</sup>

El període de 1787 a 1861 s'ha qualificat com l'època daurada del Dret nord-americà. El 1787 s'aprova la Constitució dels Estats Units i el 1791, la Declaració de Drets. Entre el 1776 i el 1790 es publiquen les diferents constitucions dels Estats i en les darreres dècades del segle XIX i XX es codifiquen branques específiques del Dret, però malgrat tot, no es van publicar lleis suficients com per a abandonar totalment el *common law*. El 1893 el jutge John Forrest Dillon assenyalà que “*el common law afilia el sistema jurídic d'Anglaterra amb el sistema jurídic dels Estats Units i també el sistema de cadascun de la resta d'Estats de la Unió. Els fa totalment semblants. Els dona un caràcter orgànic. És un nexa vivent d'unió, ja que és la causa i el mitjà d'una activa i constant intimitat i comunicació que converteix a la gent de tot el país en veïns. El sistema jurídic dels nostres Estats té no només el mateix caràcter general, sino que són substancialment uniformes i idèntics [...]. El common law dona al nostre sistema jurídic en tots els Estats un caràcter diferent però essencialment homogeni*”.<sup>70</sup>

Així doncs, finalment els Estats Units, tret de l'Estat de Luisiana, varen adoptar el sistema del *common law*, i aquesta rebuda del Dret anglès va estar determinada per les següents influències externes: l'accessibilitat de les lleis, decisions i tractats, la formació jurídica dels advocats, el llenguatge, l'origen nacional del poble i les condicions econòmiques. No hi ha raons que ens duguin a pensar que el Dret anglès fou rebut en els Estats Units per la seva superioritat respecte del *civil law*. Les citades influències feren inevitable la seva rebuda, però hi ha motius per a creure que en qüestions de fons, com a mínim, en l'àrea del Dret privat, el conjunt del Dret civil d'Europa no diferia més del conjunt del Dret nord-americà que les variacions existents entre els diferents Estats europeus.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. “*El precedente...*”. Op. Cit. Pàgs. 129-131.

<sup>70</sup> Citat a ITURRALDE SESMA, Victoria. “*El precedente...*”. Op. Cit. 132.

<sup>71</sup> Ibid. Pàgs. 132-133.

Però el triomf del *common law* als EEUU no va estar exempt de dificultats. És necessari remarcar que el Dret anglès rebut als Estats Units fou el Dret vigent a Anglaterra quan aquesta controlava el territori nord-americà, de manera que ni les lleis promulgades a Anglaterra amb posterioritat a 1776 ni el desenvolupament del *common law* anglès posterior a aquesta data s'aplicaren a Amèrica. El Dret anglès i el nord-americà es van desenvolupar de forma independent a partir de la Declaració d'Independència, no obstant això, el fet rellevant és que la metodologia del sistema de *common law*, concretament la institució del precedent, es va conservar i instaurar en el sistema nord-americà. Els tribunals jurídics nord-americans foren lliures de construir – i de fet així ho feren- una estructura jurídica privada específicament americana, però l'erigiren – l'esmentada estructura jurídica- amb els materials i l'estil de decisions del *common law* anglès.<sup>72</sup>

A finals del segle XIX el Dret dels Estats Units estava integrat pels següents elements: les decisions dels antics tribunals anglesos, les decisions dels tribunals americans, quasi totes adoptades a partir de la Revolució americana, les decisions judicials angleses i d'altres jurisdiccions de *common law* posteriors a la Revolució, el Dret Comercial, el Dret Canònic, el Dret internacional – en la mesura que és un element comú en el Dret intern de tots els Estats civilitzats- i les lleis angleses anteriors a la Revolució aplicables als Estats Units.

Com a conseqüència d'aquesta evolució, el sistema jurídic nord-americà reflecteix en l'actualitat la mateixa ambivalència. EEUU reconeix que és un país propi del sistema de *common law*, malgrat que han rebutjat o modificat algunes de les característiques distintives clàssiques i pròpies d'aquest sistema. Alguns autors l'han denominat sistema de *common law frame of mind*, que li atorga caràcter a un sistema jurídic que ha arribat a ser diferent tant del model clàssic de *common law* com de la moderna Gran Bretanya. Els elements que expliquen la divergència són principalment:

En primer lloc, la fonamentació del Dret del *common law* – això és, que el Dret està basat en l'autoritat no escrita de la costum- es rebutjava als EEUU, on la Constitució és la font fonamental i superior del sistema jurídic dels Estats units; la Constitució dels Estats units, a diferència de la “Constitució” anglesa, és un document jurídic escrit, l'autoritat de la qual prové de la seva ratificació per les Convencions dels diferents

---

<sup>72</sup> Ibid. Pàg. 133.

Estats. En conseqüència, aquesta preval sobre qualsevulla altra llei, mentre que a Anglaterra, el poder legislatiu del Parlament és il·limitat. Això ha comportat que, donada la freqüent necessitat d'interpretació de preceptes constitucionals, els jutges nord-americans s'hagin enfrontat molt més que els jutges anglesos a problemes de política pública, en particular al conflicte existent entre drets inalienables i política de l'Estat social i com va senyalar Lord Macnaghten, aquestes qüestions no encaixen de forma correcta en el sistema del precedent.

En segon lloc, els Estats Units, a diferència d'Anglaterra, tenen una estructura federal en la qual hi ha dos sistemes de tribunals: els estatals i els federals. Aquí no només trobem jurisdiccions pròpies de cada Estat, sinó que hi ha una multiplicitat de jurisdiccions federals al llarg de tot el territori, no només en la capital federal. Aquesta dispersió de la organització judicial planteja problemes que no es presenten a Anglaterra i es tendeixen a adoptar actituds més flexibles respecte de l'autoritat de les decisions judicials.

En tercer lloc, la necessitat d'una sistematització del Dret s'ha sentit abans i de forma més urgent en els Estats Units que a Anglaterra causa de la quantitat de material jurídic que ha arribat a ser excessiu.<sup>73</sup>

ii. La major "flexibilitat" del precedent als EEUU.

Si bé el concepte genèric de precedent en el Dret nord-americà és el mateix que en el Dret anglès, als Estats Units la regla té molta més flexibilitat. La doctrina del *stare decisis* nord-americana s'aproxima a la doctrina anglesa fins el segle XX, no obstant, la tendència actual està caracteritzada per la derogació i distinció dels precedents, ja que després d'haver posat a prova les regles del *case law* a través de l'experiència, ha quedat palesa la seva inconsistència amb el sentiment de justícia o el benestar social.<sup>74</sup>

La primera causa de flexibilitat de la doctrina del precedent en el sistema jurídic dels Estats Units és que els tribunals no es consideren a sí mateixos estrictament obligats per les decisions anteriors. La regla del *stare decisis*, tot i que tendeix a la consistència i uniformitat de la decisió, no és inflexible. Si ha de ser seguida o no és una qüestió

---

<sup>73</sup> Ibid. Pàgs. 133-136.

<sup>74</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados*: Op. Cit. Pàgs. 231.

totalment discrecional del tribunal, le qual ha de considerar altra vegada una qüestió prèviament decidida. En aquest sentit s'entén que un cas decidit val tant com val el seu raonament i correcció; no més. No és suficient amb fonamentar la sentència d'acord amb una decisió anterior, sinó que cal provar la seva idoneïtat per a regular cada situació en base al grau amb què justifica la violació dels drets d'una de les parts i serveix a la justícia respecte a totes les parts afectades.

La segona causa de flexibilitat del *stare decisis* prové de la capacitat d'adaptació d'aquesta regla a l'evolució política, econòmica i social. El fet que, en consonància amb la doctrina del *stare decisis*, la funció del jutge és en part com la d'un legislador és acceptada als EE.UU com una realitat *de facto*. Aquesta filosofia és, en part, influïda pel Realisme Jurídic, que com hem vist anteriorment, pretenia demolir aquesta concepció mecànica de la funció judicial i atorgar un paper preponderant en la creació del Dret. En els Estats Units, l'*stare decisis* no es considera un deure inexorable perquè aquest deure de seguir amb el precedent està matisat pel dret de derogar decisions anteriors. Malgrat els tribunals inferiors es consideren obligats per les decisions dels tribunals superiors, es reserven el dret d'apartar-se d'una regla prèviament establerta per ells mateixos.<sup>75</sup>

Malgrat això, s'entén que els tribunals no tenen una total llibertat sino que han de seguir determinades regles entre què podem destacar les següents:

1. Com a norma general, han de seguir-se els precedents ja que, en interès de la societat, el Dret ha de ser estable i uniforme.
2. El tribunal és lliure i inclús està obligat a apartar-se del precedent si, a causa d'un canvi de les circumstàncies o de les necessitats de la societat, la seva aplicació seria perjudicial per als interessos públics que, donat el cas, poden arribar a ser més importants que l'estabilitat del Dret.
3. La valoració de si un precedent ha de ser seguit o no ha d'estar basada en criteris d'utilitat social. El desig d'adoptar una decisió justa en un cas concret no ha de considerar-se una justificació suficient per a derogar un precedent.

Per tots aquests motius la doctrina del precedent d'Estats Units difereix substancialment de la doctrina anglesa.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. "El precedente...". Op. Cit. Pàgs. 131-140.

<sup>76</sup> AJANI, Gianmaria. Sistemas jurídicos comparados: Op. Cit. Pàgs. 232-233.

Als factors esmentats poden afegir-se altres causes. En primer lloc, la gran quantitat de precedents existents en el Dret nord-americà. A banda dels tribunals federals, trobem els propis dels cinquanta Estats, que en ocasions es contradiuen. Això implica que els jutges tinguin un ampli ventall d'on escollir. D'altra banda, la ràpida expansió econòmica dels EEUU, en comparació amb la gradual evolució d'Anglaterra implica que la adhesió estricta al precedent sigui més difícil, ja que les condicions socials i econòmiques de l'Estat nord-americà canvien tan ràpidament que els mètodes acceptats en el context anglès –més estable–, han resultat ser inapropiats.<sup>77</sup>

Cal adherir que, en els Estats Units trobem dos elements que podem considerar clau a l'hora de justificar la major maniobrabilitat dels jutges vers la doctrina del *case law*: la presència d'una Constitució escrita i l'existència de dos ordres jurisdiccionals diferents com són la federal i l'estatal.

La centralitat del text constitucional té un efecte sobre l'estil de la sentència: l'existència de principis i amplies clàusules en la Carta Magna de 1787 ha afavorit al desenvolupament d'un mètode evolutiu d'aplicació de la norma escrita. De fet, encabir la interpretació constitucional en el marc d'un rígid esquema de l'*stare decisis* hagués impedit la evolució de noves i progressives interpretacions.

També la naturalesa federal de l'ordenament nord-americà determina l'estil dels tribunals: cadascun dels cinquanta Estats té poder legislatiu i judicial. Aquest sistema es compon per un conjunt de tribunals de cadascun dels cinquanta Estats, *State Courts*, i per un sistema de tribunals federals, els *Federal Courts*. Cada sistema està creat en base a diferents autoritats: la Constitució dels EEUU i les constitucions dels respectius cinquanta Estats.<sup>78</sup>

Els *State Courts*, en la mesura que l'article 3 de la Constitució circumscriu la jurisdicció dels tribunals federals a casos específics, molts delictes i violacions de drets provats només poden ser jutjats en els tribunals estatals, per tant, coneixen una àmplia varietat de qüestions. Malgrat són independents entre sí, els cinquanta tribunals tenen molt en comú ja que tots els tenen tipus i nivells de tribunals similars amb funcions comparables, no obstant, també podem apreciar diferències remarcables; així doncs,

---

<sup>77</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. “*El precedente...*”. Op. Cit. Pàgs. 141.

<sup>78</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados*: Op. Cit. Pàgs. 231.

mentre uns Estats tenen una estructura judicial relativament senzilla amb funcions clares i diferenciades, altres en tenen una de més complexa. La constitució de cada Estat o bé estableix pròpiament el sistema judicial o bé, autoritza al Parlament a fer-ho.

Malgrat la riquesa pròpia de cada Estat, podem establir un model estructural comú compost, en la base per una sèrie de tribunals de primera instància, en l'esgraó següent un sistema més o menys complex de tribunals d'apel·lació i en el nivell superior un Tribunal Suprem.

Així doncs, de manera simplificada, la doctrina nord-americana del precedent podria formular-se de la següent manera:

1. El Tribunal Suprem mai s'ha considerat a sí mateix estrictament obligat per les seves pròpies decisions, i la resta de tribunals federals i tribunals estats han seguit aquesta mateixa regla en relació a les seves pròpies decisions.
2. Una decisió del Tribunal Suprem dels Estats Units és obligatòria en qüestions federals en tota la resta de tribunals, tant federals com estatals.
3. Una decisió d'un tribunal federal sobre una matèria pròpia pot tenir efecte persuasiu en un tribunal estatal, però no és obligatòria ja que el tribunal estat només ha d'obeir a un tribunal federal: el Tribunal Suprem. I a la inversa: una decisió d'un tribunal estatal sobre una qüestió federal pot ser persuasiva en matèries federals però no és obligatòria.
4. Les decisions dels tribunals federals, a banda de les del Tribunal Suprem, no són obligatòries per a altres tribunals federals d'igual o inferior rang, tret que el tribunal posterior hagi d'obeir el tribunal que aplica la decisió.<sup>79</sup>

iii. L'statute law en el Dret nord-americà.

Al costat de les decisions judicials, la legislació constitueix una important font de Dret en el sistema jurídic nord-americà. A l'hora d'exposar aquestes fonts dels Dret, no trobem diferències substancials entre el Dret dels EEUU i l'anglès.

---

<sup>79</sup> ITURRALDE SESMA, Victoria. "El precedente...". Op. Cit. Pàg. 154.

Podem dir que l'ordenament jurídic nord-americà s'integra per l'*statute law*- format per la Constitució, la legislació promulgada pels Parlaments i la de la resta d'òrgans administratius competents-, els precedents judicials i els llibres d'autoritat.<sup>80</sup>

En el present segle, el punt de vista ortodox sobre la preeminència del precedent com a font del Dret ha estat profundament trastocada, ja que àrees senceres del Dret han estat desenvolupades legislativament, mentre que en d'altres, les lleis han desplaçat quasi totalment al *common law*. Aquest desenvolupament suggereix la necessitat d'una revaluació del paper de la legislació en el sistema jurídic propi dels Estats Units. En aquest sentit, com assenyala el jutge Guido Calabresi, en els últims anys hem vist un canvi fonamental en el Dret nord-americà; en aquesta època hem passat d'un sistema jurídic dominat pel *common law*, pronosticat pels tribunals, a un en què les lleis, promulgades pels Parlaments, s'han convertit en la font primària de Dret.<sup>81</sup>

El paper de les llei, amb els pas dels anys ha crescut enormement. Actualment és el principal instrument de l'organització social, i gran nombre de lleis han assentat les bases jurídiques del modern estat del benestar. L'*statute law* ha proliferat a expenses del *common law*. La llei és l'instrument modern del canvi, i quan el *case law* s'ha petrificat en una àrea particular o s'ha convertit en inadequat per a les condicions modernes, la llei ha produït els canvis que es consideraven necessaris per tal de progressar. És per això que trobem molt poques àrees del *common law* que no hagin estat reformades substancialment per mitjà de les lleis i fins i tot s'han arribat a derogar branques senceres del *common law*. És quan això succeeix, que ens plantejem el dubte de si el *common law* segueix essent Dret vàlid o pel contrari, es considera substituït pel Dret legislatiu.<sup>82</sup>

Algunes lleis declaren expressament que elles substitueixen totalment el *common law* en les àrees que regulen. Altres, en canvi, tot i no dir-ho expressament, són promulgades amb la finalitat de compilar el *common law* existent en forma de llei i per tant, eixir com a depositaries del Dret; són els anomenats "codis", malgrat no en el sentit que se'ls dona en els sistemes de *civil law*.

---

<sup>80</sup> Ibid. Pàg. 190.

<sup>81</sup> Ibid. Pàg. 191.

<sup>82</sup> Ibid. Pàgs. 192-193.

Més complicat és el cas d'aquelles lleis que contempen una àrea prèviament regulada pel *common law*, però no estableixen clarament quina és la seva relació amb aquesta. En aquest cas es planteja el problema de si la llei reemplaça totalment al *common law* o només la substitueix en part. La majoria de tribunals han decidit de conservar el *common law* en la mesura del possible.<sup>83</sup>

La possibilitat que les lleis puguin coexistir junt al *common law* preexistent planteja dificultats evidents com les següents: primer, si les dos fonts jurídiques cohabiten, les seves respectives esferes d'aplicació poden no ser del tot clares. Segon, si el tribunal pot exercir la seva jurisdicció d'acord amb el *common law* o amb la llei, pot existir el perill que el tribunal prefereixi confiar en el *common law* i eventualment desenvolupar d'una manera contrària a la llei. Tercer, fins que un tribunal decideix sobre una qüestió, és molt difícil determinar en quina mesura i fins a quin punt una llei arriba a substituir o no al *common law*.

En general existeix una regla interpretativa segons la qual les lleis que deroguen el *common law* ha de ser interpretades de forma restrictiva. Aquesta regla, no exempta de crítiques, s'ha utilitzat de forma reiterada pels tribunals, que l'empren sobretot quan hi ha dubtes sobre si la llei canvia el *common law* preexistent, s'argumenta que el legislador hauria d'haver-ho expressat de forma clara.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados: Op. Cit.* Pàg. 241.

<sup>84</sup> *Ibid.* Pàgs. 242-143.

### **CAPÍTOL III: Conclusions.**

En aquest treball trobem dues parts força diferenciades de què podem extreure conclusions diverses.

Per una banda, el capítol primer consistent en l'estudi en profunditat d'una corrent filosòfica del Dret fins el moment desconeguda per un servidor com és el Realisme Jurídic, en particular, l'escola desenvolupada durant el segle XX als Estats Units, la qual sorgí per a protestar contra el formalisme conceptual que havia caracteritzat la ciència jurídica del segle anterior, malgrat les dificultats que ens ha plantejat, podem dir que ha estat una experiència més que enriquidora i m'ha aportat una visió diferent a l'estudiada al llarg d'aquests quatre anys en la carrera de Dret; podria definir-ho com una visió sociològica del Dret.

En un primer moment vaig tenir força dificultats a l'hora d'enfocar una direcció a seguir, ja que, com he comentat, desconeixia totalment sobre què tractava aquesta concepció del Dret, si bé, em cridava l'atenció la branca de la filosofia en el sentit que em permetia una major llibertat per a poder-me expressar i d'alguna manera, deixar-me anar, tot obrint la ment per tal de trobar un rerefons cognitiu a la investigació, una visió àmplia del concepte de Dret i no tant, un aprofundiment sobre una matèria legal concreta, la qual, malgrat em permetria especialitzar-me en una temàtica, em negava l'oportunitat de descobrir una altra forma d'entendre el Dret, tal i com ha fet aquest estudi; aquesta seria una primera conclusió d'aquesta recerca, ja que amb l'anàlisi del Realisme Jurídic he pogut observar una visió radicalment oposada.

El Realisme Jurídic atorga una importància primària a l'experiència i és, des d'aquesta, que tot adquireix cert sentit. Com a experiència hem d'entendre tots els factors que afecten a una societat en un moment històric concret, per tant, factors polítics, socials, econòmics, culturals, *etcètera*. El Dret es concep com un fenomen social de manera que més enllà dels plantejaments habituals de la ciència jurídica, la qual se centra en la construcció conceptual de principis legals, el moviment jurídic-realista entén que cal prestar atenció als efectes i conseqüències reals de les decisions judicials en relació al desenvolupament social, econòmic i polític de la societat; en resum, els realistes americans rebutgen l'existència de normes jurídiques en un plànol diferent al de la

realitat fàctica; el Dret és allò que afecta en el dia a dia de les nostres vides, el fet social, no es troba en la norma sinó que és fruit de la vida social.

És evident que es tracta d'una forma de concebre el Dret força particular, amb una finalitat molt interessant com és el continu desenvolupament i millora de la societat, si bé, com no pot ser d'altra manera, els seus plantejaments són susceptibles de certes llacunes o incoherències que és precís ressaltar. En primer lloc, és absurd defensar, tal com fan els autors més radicals d'aquest moviment, que les normes no controlen la decisió del jutge sinó que només constitueixen meres directrius que han de ser interpretades i completades, en la mesura que aplicades per part del jutge. El motiu més obvi d'aquesta afirmació és la inseguretat jurídica que aquest fet implicaria, ja que un poder discrecional absolut del jutge resultaria en un seguit de sentències contradictòries, una arbitrarietat insostenible i conseqüentment, és palesa la necessitat de normes que limitin o millor dit, orientin el poder de decisió dels jutges per tal d'uniformar en certa mesura els ordenaments jurídics.

En segon lloc, en la mesura que els realistes consideren que el Dret constitueix un instrument d'ordenació social, l'objectiu del qual és controlar i ajustar les relacions humanes de manera que pugui assolir-se el nivell màxim de satisfacció dels interessos i necessitats de la societat amb la mínima fricció i costos possibles i que, per tal de fer-ho, el jurista requereix d'una filosofia del Dret que, amb la col·laboració de les diferents ciències socials, classifiqui els diferents interessos o demandes en conflicte que es disputen el reconeixement social, així com de mesurar el seu valor relatiu per tal de ponderar la seva prelación jeràrquica i seleccionar els més importants, per tant, aquells a què el Dret haurà de reconèixer i protegir. El problema que sorgeix és el de la valoració sobre quins dèficits o necessitats cal destacar i és aquí on no trobem un acord inequívoc entre ells; es diu que és la raó qui s'ha d'encarregar d'establir aquest ordre de prelación atenent a les necessitats del moment, no obstant, com l'experiència ens demostra, al llarg de la història sempre trobem una lluita constant entre interessos socials i interessos particulars. Així doncs, la importància preponderant depèn de l'autoritat executiva que ostenti el poder en un determinat moment, i si ens centrem en la situació en què ens trobem en l'actualitat, l'estabilitat política no seria un pilar sobre què sostenir la doctrina jurídica, quan ni tan sols els nostres representants polítics han estat capaços de posar-se d'acord per a constituir un govern i conseqüentment, ens encaminem a la

repetició d'eleccions el proper vint-i-sis de juny d'aquest mateix any amb un futur del tot incert.

És per tots aquest motius exposats que malgrat el Realisme Jurídic va implicar importants canvis en la cultura jurídica nord-americana, sobretot en el moment de crisi gravíssima en què es trobaven els Estats Units i per tant, en què la necessitat d'una política de canvis, més intervencionista i socialista era vital per a la reactivació del país tingué força èxit i on la introducció d'un programa acadèmic de matèries com la ciència política, la història, l'economia i la sociologia, i a més, aquesta nova concepció de la funció judicial amb un paper més proactiu en la creació de Dret a través de les sentències i no pas d'operació estrictament lògica-deductiva de subsumpció dels fets del cas en uns conceptes normatius generals triomfà, no ha tingut un recorregut més ampli i divers en la varietat de sistemes jurídics d'arreu del món. Mostra d'això és, com veurem en el segon bloc de conclusions d'aquest estudi, la progressiva deprecació de la doctrina del *stare decisis* en front a l'*statute law* que tot seguit analitzarem.

En segon terme podem observar un altre gran bloc de què es compon aquesta recerca consistent en la immersió exhaustiva de la doctrina del *stare decisis*, altrament coneguda com a doctrina del precedent, pròpia dels sistemes del *common law*. El motiu pel qual vam decidir aprofundir en aquesta font del Dret no excessivament coneguda en el nostre ordenament és la coherència que té en relació amb la conclusió o millor dit, amb el producte que ha traspuat de la corrent filosòfica que hem estudiat, és a dir, malgrat ser conscients que aquesta branca de la filosofia del Dret no és ni de bon tros l'origen de la doctrina del precedent, suposa una bona plasmació de les seves concepcions en la mesura que consisteix bàsicament en l'experiència judicial, fruit de la resolució de casos anteriors, entesa com a font del Dret i per tant, vam entendre interessant, alhora que convenient d'endinsar-nos-hi.

Aquesta segona part del treball també es tractava d'un important repte, ja que tot i que en aquest cas si se n'havia fet menció durant el grau en matèries com el Dret comparat o fins i tot, en Dret constitucional, els coneixements de què partíem eren força limitats.

És per això que partint del seu origen, és a dir, el Dret anglès, passant per temàtiques com el concepte i/o naturalesa, ens hem centrat en estudiar la flexibilitat o maniobrabilitat de què disposen els jutges a l'hora de poder inaplicar-lo, tant en el sistema jurídic anglès, com en el propi dels Estats Units i sobretot, la seva relació o

desenvolupament al costat del *statute law*, és a dir, la legislació, per tal de determinar si realment aquesta visió realista de la preponderància de la figura del jutge ha perpetrat amb el pas del temps o fins i tot, ha evolucionat encara més, o bé, si, en cas contrari, l'aparició de les lleis han suposat una progressiva disminució de la importància d'aquesta cultura del *case law* i conseqüentment, si ens dirigim cap a una possible harmonització de les fonts del Dret de les cultures jurídiques de la civilització occidental, és a dir, dels sistemes de *civil law* i de *common law*.

Les conclusions extreïdes d'aquesta anàlisi són realment sorprenents i contradiuen totalment les expectatives de què partia en un primer moment quan vaig decidir elaborar aquesta comparació. La hipòtesi que em plantejava en l'inici era que aquesta doctrina del *stare decisis*, és a dir, les decisions judicials, constituïen la font primària dels sistemes jurídics de *common law*, sobretot en el cas del sistema jurídic anglès en la mesura que no hi ha una Constitució, com a mínim, en la concepció que nosaltres en tenim de la mateixa, ja que no disposen d'un document escrit, una Carta Magna que s'erigeixi com a cúspide de l'ordenament jurídic. Similar percepció, tot i que no idèntica, tenia del sistema jurídic propi dels Estats Units, ja que en aquest cas, sí disposen d'una Constitució escrita i per tant, com a mínim, fins a cert punt, entenia que la decisió judicial havia d'estar limitada per la Carta Magna, si bé, en la mesura que es tracta d'un sistema jurídic que pertany al nucli del *common law*, esperava que la figura del jutge tingués un paper molt més rellevant.

Doncs bé, un cop estudiada aquesta doctrina del *case law* hem pogut determinar com aquesta font del Dret és cada cop menys rellevant en el marc de possibilitats de creació jurídica de què es componen els sistemes de *common law*. Sobta comprovar, que tant en el sistema jurídic anglès com el propi dels Estats Units trobem legislació, precedent i costum com a fonts de Dret, però contràriament a les expectatives prèviament mencionades, és la llei l'origen del Dret que més influència està adquirint amb el pas del temps, deixant tant al precedent com a la costum en fonts secundàries que s'empren per matèries molt particulars o casos específics. La figura del jutge com a creador de Dret està perdent importància front a les produccions de les assemblees legislatives configurades pels representats de la ciutadania, és a dir, a la llei provinents dels Parlaments la font que adquireix un paper principal d'un temps cap a aquí i per tant, podem concloure que efectivament, ens dirigim cap a un més que probable equilibri de fonts del Dret entre els principals sistemes jurídics existents, com són els sistemes de

*civil* i *common law*, i conseqüentment, que la postura o idea defensada pels autors realistes sobre la importància del paper del jutge a l'hora d'elaborar el Dret ha quedat diluïda amb el pas del temps, atribuint una major importància a la unificació del Dret i en definitiva, a la seguretat jurídica i no pas a la metodologia del *case law*, en què no hi ha tant un criteri general, sinó que cal prestar atenció a les situacions *ad hoc*.

En definitiva, considero que ha estat una experiència molt enriquidora, que m'ha permès descobrir un nou enfocament al concepte de Dret, el qual, s'aproxima força més a la idea utòpica d'allò que entenc, hauria de primar d'aquesta concepció, malgrat, com ha quedat palès, no ha tingut un recorregut del tot preponderant en els diferents ordenaments jurídics en què tingué seguida.

Arribat a aquest punt, no em queda res més que reiterar el meu agraïment a la tutora per tot l'esforç i suport dedicats en tot moment.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- AJANI, Gianmaria. *Sistemas jurídicos comparados: La comparación common law/civil law*. Editorial Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2010.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Derecho y realidad: notas de teoría sociológica*. Editorial Librería Juris. Rosario, 2005.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Javier. *Creación Judicial del Derecho: Crítica de un paradigma*.
- CAMPOS ZAMORA, J. Francisco. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas nº 122 (191-220) mayo-agosto 2010, pp. 191-219.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo jurídico, Realismo sociológico e Iusnaturalismo*. Primera edición. 1993. Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1993
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Editorial Civitas, S. A. Fuenlabrada (Madrid), 1995.
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente judicial*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 4, marzo – agosto 2013. [En línea]. 1a ed. [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1523>>.
- LEITER, Brian. Capítol 7: *El Realismo Jurídico Estadounidense*. [En línea]. 1a ed. [Accés gratuït] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>>.
- LLEWELLYN, Karl. *El realismo jurídico norteamericano*. Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (coords.), *El ámbito de los jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Comares, 1994.
- POUND, Roscoe. *El Espíritu del Common law*. Editorial Bosch, Barcelona, 1954.
- POUND, Roscoe. *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I, 1959, p. 291. TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988.
- SEPÚLVEDA HALES, Bárbara. *Tesis: Realismo Jurídico Norteamericano*. [En línea]. 1a ed. [Accés gratuït]

<[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos\\_e.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1)>.

- SOLAR CAYÓN, José Ignacio. “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo”. *Los orígenes del realismo jurídico americano*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 2, marzo – agosto 2010. [En línea]. 1a ed. [Accés gratuït] <<http://eunomia.tirant.com/?p=1002>>.

