

Il seguente articolo è un'anticipazione della rivista «Diritto e questioni pubbliche», n. 10/2010; la numerazione provvisoria non corrisponde a quella definitiva.

© 2010, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO*

El realismo jurídico de Brian Leiter

1. Un retorno al empirismo teórico-jurídico – 1.1. *El realismo jurídico* – 1.2. *La objetividad del derecho y de la moral* – 1.3. *Naturalizar la teoría del derecho* – 2. *Algunas consideraciones críticas* – 2.1. *La indeterminación del derecho* – 2.3. *Why... Naturalizing Jurisprudence?*

Brian Leiter es con toda probabilidad el teórico del derecho anglosajón que más ha hecho en el último decenio por rehabilitar el realismo jurídico estadounidense. El libro que aquí vamos a comentar – *Naturalizing Jurisprudence*** – constituye no sólo un acertado análisis sobre las tesis fundamentales de dicho movimiento; este conjunto de artículos es además, y sobre todo, una reivindicación de una aproximación naturalista a la teoría del derecho. No se trata por tanto de un análisis histórico de las tesis fundamentales de los autores que formaron parte de dicho movimiento; antes bien, es una reivindicación del realismo jurídico estadounidense desde las bases del naturalismo de Quine y del positivismo metodológico (en su versión excluyente).

El libro está dividido en tres partes: la primera constituye una reconstrucción de las tesis más importantes de Karl Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Felix Cohen, Leon Green, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook y Max Radin. La segunda parte se concentra en determinar las bases para una teoría del derecho naturalista y su vinculación con el positivismo jurídico excluyente. La tercera parte, por último, está dedicada al tema de la objetividad de la moral y del derecho desde una perspectiva teórica y meta-ética. La enorme cantidad de temas

* Dottorando in *Teoria del diritto e Bioetica Giuridica*, Ciclo XX, Università degli Studi di Genova. La presente investigación ha sido realizada gracias al apoyo del Programa de Becas de la Fundación Caja Madrid.

** Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, 287 páginas. En breve será publicado por la casa editorial Marcial Pons la traducción de este texto con una nota para la edición castellana. La traducción ha sido elaborada por Giovanni Battista Ratti y revisado por Jordi Ferrer Beltrán.

y la profundidad con la que son tratados desaconsejan cualquier pretensión de exhaustividad respecto a las tesis fundamentales del libro. Así pues, en la presente nota voy a ocuparme únicamente de algunas de las tesis más importantes del libro, de riqueza suficiente como para llevarnos hasta algunas reflexiones, creo, de interés.

1. *Un retorno al empirismo teórico-jurídico*

1.1. *El realismo jurídico*

Según Brian Leiter, la imagen que nos ha llegado del realismo jurídico estadounidense es bastante distorsionada y pobre. La causa de tal pobreza se debe a que la mayoría de autores que se han ocupado del realismo americano han mantenido una aproximación histórica, sin analizar en profundidad las tesis filosóficas en las que se basó el trabajo de los realistas¹. Sin embargo, el problema más grave de la versión recibida del realismo es que se trata de una visión distorsionada y centrada en la obra de Jerome Frank para quien – según la vulgata – las decisiones judiciales dependerían fundamentalmente de qué ha desayunado el juez por la mañana (jurisprudencia digestiva).

Dicha versión estándar o recibida del realismo imputa a estos autores una visión bastante radical: «los jueces ejercen una *discrecionalidad sin límites* [...] obteniendo decisiones basadas en sus gustos y valores *personales* [...] que son finalmente *racionalizadas ex post facto* mediante reglas y razones jurídicas»². Sin embargo, esta versión estándar es – además de poco caritativa – bastante discutible históricamente pues la mayoría de realistas no habrían defendido esta tesis. Conviene advertir que Leiter aquí no se está refiriendo a la “tradicional” distinción dentro

¹ En realidad, Leiter no se limita a criticar a los autores que han mantenido una aproximación histórica al realismo jurídico estadounidense – nombra a William Twining y a G.E. White – sino que también critica Robert S. Summers (*Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, 1982), quien, según Leiter, habría malinterpretado las tesis del realismo americano por su escasa sensibilidad hacia los problemas filosóficos. No estoy muy de acuerdo con la apreciación de Leiter. Es cierto que el libro de Summers tiene algunas importantes carencias; no obstante, tiene el mérito de relacionar el realismo jurídico con la *sociological jurisprudence* y la obra de algunos pragmatista (especialmente de Dewey), relación que Leiter descuida y que me parece bastante relevante para los objetivos del propio Leiter. Sobre la relación entre los diferentes tipos de antiformalismo anteriores al realismo jurídico americano, véase WHITE, M., *La rivolta contro il formalismo*, il Mulino, Bologna, 1965.

² LEITER, B. *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 16. Cursivas en el original.

del realismo americano entre “*rule skepticism*” y “*fact skepticism*”³. Antes bien, la distinción en torno a la que gira su reconstrucción es aquella entre el ala sociológica (*sociological wing*) y el ala idiosincrásica (*idiosyncrasic wing*) del realismo jurídico.

En efecto, según Leiter, una versión plausible y fiel del pensamiento de estos autores les imputa la tesis según la cual las decisiones judiciales responden a determinados modelos sociológicos de conducta judicial compartidos por la mayoría de los jueces. Esto es, aunque los realistas americanos efectivamente pensaban que las decisiones judiciales no están determinadas por los enunciados normativos – los jueces primero alcanzan la decisión y sólo posteriormente la justifican con base en los enunciados normativos – también creían que las decisiones judiciales dependían de factores más o menos estables y generales, por lo que dichas decisiones eran predecibles. Las diferencias respecto a la versión recibida son fundamentalmente tres: en primer lugar, los jueces no deciden con base a factores meramente personales (*idiosyncrasic*) – como la relación de cada juez con sus madres, como sugirió Frank⁴ – sino a posiciones generalmente compartidas entre los jueces (tesis de la generalidad). Esto es, las decisiones judiciales dependerían fundamentalmente de la reacción de los jueces frente a ciertas situaciones de hecho (*situation-type*⁵). En

³ Para la distinción entre escepticismo ante las normas y escepticismo ante los hechos, véase RUMBLE, W., *American Legal Realism*, Cornell University Press, 1968, caps. II y III; PÉREZ LLEDÓ, J. A. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Temis-Palestra, Lima-Bogotá, 2008, p. 157-158. La distinción en realidad es creada por el propio Jerome Frank para distinguir entre dos vertientes de los realistas jurídicos americanos. Entre los escépticos ante los hechos Frank incluye a Radin y a Green, autores que Leiter considera dentro del ala sociológica o moderada del realismo jurídico. En cualquier caso es importante recordar que los *fact skeptics* eran, según Frank, también escépticos ante las normas.

⁴ A decir verdad, si bien Leiter tiene razón al afirmar que se ha dado una “frankificación” del realismo jurídico, también se podría decir que las tesis de Frank han sido injustamente maltratadas. Es necesario aclarar que el factor psicológico no es, según Frank, el único factor relevante a la hora de explicar y predecir las decisiones judiciales. Frank identifica al menos otros catorce factores que tendrían algún peso en la determinación de la sentencia judicial, cfr. FRANK, J., *Law and Modern Mind*, Stevens and Sons Limited, London, 1949⁶, Apéndice I, p. 263.

⁵ No se trata simplemente de que las decisiones judiciales estén determinadas por las circunstancias particulares del caso. Antes bien, según los realistas americanos, los jueces reaccionarían de manera parecida frente a hechos similares; dicho en los términos de Alchourrón y Bulygin, los jueces reaccionan frente a determinados casos genéricos, no casos particulares. Sin embargo, estos hechos no coincidirían con los antecedentes de las normas formuladas en los enunciados normativos del derecho positivo. En este sentido, puede verse la obra de Leon Green quien reelaboró gran parte de las categorías

segundo lugar, las decisiones judiciales sí están vinculadas por normas. Ahora bien, dichas normas no serían aquéllas enunciadas en las fuentes formales del derecho (*paper rules*) sino normas que habría que recabar a partir de las regularidades del comportamiento judicial (tesis del determinismo⁶). En tercer lugar, los realistas no niegan la existencia de reglas (escepticismo conceptual ante las reglas) sino que afirman que aquéllas vinculan y determinan las decisiones judiciales en menor medida de lo que normalmente se cree (escepticismo empírico ante las reglas).

Es importante detenerse un poco más en esta última tesis. La importancia deriva precisamente de que buena parte de la culpa de la versión recibida del realismo americano es imputable a la reconstrucción y ulterior crítica de Hart⁷. Según Leiter, Hart atribuye al realismo dos tipos diferentes de escepticismo ante las reglas: por un lado, un escepticismo conceptual según el cual las reglas no son sino «juguetes vistosos» por lo que «la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad»⁸; por el otro, un escepticismo empírico sobre el verdadero papel que juegan las reglas en el razonamiento judicial. En síntesis: tanto Hart como Leiter afirman que el escepticismo conceptual es completamente insostenible porque, entre otras razones, no se podría explicar ni el error de derecho ni la situación en la que el juez se pregunta cómo tiene que decidir, y no hace una predicción sobre lo que él mismo decidiría.

Pese a su crítica al escepticismo conceptual, el propio Hart habría reconocido alguna plausibilidad al escepticismo empírico ante las reglas.

del derecho civil con base en descripciones factuales mucho más restringidas (y autónomas) respecto a los enunciados del legislador. Véase también, TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 124 ss.

⁶ Según Leiter, los realistas serían menos claros en torno a cuáles son las normas que realmente vinculan a los jueces. Leiter imputa a los realistas fundamentalmente dos: 1) las normas de la cultura mercantil dominante y 2) la mejor decisión en términos socio-económicos. Cfr. LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 27. Véase también el análisis del proyecto normativo del realismo jurídico estadounidense en TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 208 ss.

⁷ HART, H.L., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, cap. VII. Es necesario señalar que si bien Leiter critica a buena parte de los teóricos del derecho por haber malinterpretado y distorsionado las tesis del realismo americano, lo mismo se podría decir respecto al tratamiento que él mismo da al realismo escandinavo. En efecto, aunque matiza sus posiciones en el Prólogo a la edición castellana, Leiter afirma que Hart «demolió» (p. 4) el proyecto del realismo escandinavo. Esta afirmación me parece bastante gratuita. Véase al respecto la respuesta de Ross a la recensión de Hart sobre *On Law and Justice*, “Su Hart”, en *Problemi di teoria del diritto* (a cura di R. Guastini), il Mulino, Bologna, 1980, especialmente pp. 359-360.

⁸ HART, H.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 170, 173; Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence*, cit. p. 68.

Ahora bien, según Leiter, Hart no habría sido capaz de responder a las dos tesis que lleva consigo este tipo de escepticismo: la indeterminación racional y la indeterminación empírica del derecho (sobre este punto me detendré más adelante). Hart, por el contrario, se habría limitado a cambiar el foco de atención afirmando que el derecho está indeterminado debido a la textura abierta del lenguaje (*open texture*), mientras que los realistas americanos se habrían centrado en el problema de la ambigüedad de los enunciados normativos, no en el de la vaguedad.

Sin embargo, según la reconstrucción de Leiter, sería mucho más lo que une al realismo americano y al positivismo (post-)hartiano de lo que los separa, especialmente en lo relativo al concepto de derecho. En este sentido, Hart habría malinterpretado – según Leiter – el concepto predictivista de derecho pues, en realidad, este no sería el concepto de derecho de los realistas⁹. Al contrario, los realistas – dada su teoría de la indeterminación del derecho – estarían necesariamente presuponiendo un concepto de derecho propio del positivismo jurídico (en su versión excluyente). El argumento de Leiter puede ser sintetizado así: para afirmar que las normas jurídicas no determinan las decisiones judiciales es necesario disponer previamente de un criterio de validez para identificar las normas jurídicas.

1.2. *La objetividad del derecho y de la moral*

Como ya hemos dicho, los artículos que componen este libro no son una simple revisión histórica del realismo estadounidense. En efecto, Leiter avanza desde la primera página sus propias tesis sobre la indeterminación del derecho. Según el autor, afirmar que el derecho está indeterminado implica afirmar que la clase de las razones jurídicas (*the class of legal reasons*¹⁰) está indeterminada. ¿Qué incluye la clase de las razones jurídicas?: 1) las fuentes legítimas del derecho (leyes, precedentes judiciales, moral y constituciones); 2) los métodos legítimos de interpretación de las fuentes jurídicas; 3) los modos legítimos de caracterizar los hechos; y 4) las maneras legítimas de razonar con normas.

⁹ Aquí habría que añadir que esto no es simplemente una sensación, sino una tesis confirmada por los propios realistas que, por un lado, demostraron un escaso interés por definir el concepto de derecho y, por el otro, en varias ocasiones sostuvieron que la definición predictivista de Holmes no era ni podía ser un concepto de derecho. Véase COHEN, F. “Transcendental Nonsense and the functional approach”, en *Columbia Law Review*, 1935, pp. 835 ss.; TARELLO, G. *Il realismo giuridico americano*, cit. pp. 230 ss.; PÉREZ LLEDÓ, J.A., “El concepto de derecho de Karl Llewellyn”, en *El instrumentalismo jurídico americano*, cit. pp. 189 ss.

¹⁰ LEITER, B. *Naturalizing Jurisprudence*, cit. p. 9.

El derecho está indeterminado según Leiter en dos sentidos. En primer lugar, el derecho está indeterminado *racionalmente* si a partir de las razones jurídicas es posible justificar más de una decisión jurídica para un mismo caso. En segundo lugar, el derecho está indeterminado *causalmente* si exclusivamente con base en las razones jurídicas no podemos explicar las decisiones judiciales. Esta dos tesis están, en la concepción de Leiter, íntimamente conectadas: «si las razones [jurídicas] no pueden justificar racionalmente un evento, entonces tampoco son suficientes para explicar dicho evento»¹¹. Es decir, si el derecho está indeterminado racionalmente, entonces necesariamente tiene que estar indeterminado causalmente. Dicho de otro modo: si en un determinado caso podemos derivar más de una respuesta para el caso concreto, entonces no podremos predecir la decisión judicial sólo con base en las razones jurídicas.

En este momento resulta legítimo preguntarse por qué razón Leiter considera que el derecho está indeterminado. Pues bien, Leiter hace referencia tanto a causas de indeterminación características de la clase de las razones jurídicas como a causas genéricas no asociadas exclusivamente con los enunciados normativos¹². Sin embargo, el autor utiliza en varias ocasiones un argumento típico – aunque no exclusivo – del realismo americano: es la posibilidad de interpretar tanto las leyes (*statutes*) como los precedentes judiciales mediante diferentes técnicas interpretativas (igualmente legítimas) la principal fuente de indeterminación racional del derecho¹³. Lo que parece estar por tanto sosteniendo Leiter es una tesis sobre la ambigüedad de los enunciados normativos como causa fundamental de la indeterminación racional del derecho.

No obstante, Leiter no afirma que el derecho esté siempre y en todo caso indeterminado racionalmente y, por tanto, también causalmente. Leiter – y aquí coincide y se apoya en sus ancestros realistas – afirma que la indeterminación del derecho es sólo “local”; esto es, el derecho estaría indeterminado sólo en algunos casos, no en todos (tesis de la indeterminación racional “total” del derecho). En concreto, sólo en los casos que efectivamente llegan a apelación. En el resto de casos, el derecho – simplemente – no estaría indeterminado. La razón es que en la mayoría de ellos no serían aplicables todos los métodos interpretativos,

¹¹ Ibid. p. 10.

¹² Véase de modo más general, LEITER, B., *Legal Indeterminacy*, en “Legal Theory”, 1995, vol. 1, pp. 481-492.

¹³ LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, p. 10, 108. Leiter cita el famoso ensayo de Llewellyn sobre la pluralidad de métodos interpretativos. Llewellyn, K., *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons About How Statutes are to be Construed*, en “Vanderbilt Law Review”, 1950, n° 3, 395-406.

sino sólo uno de ellos¹⁴. Leiter añade a éste un argumento relacionado: sólo en los casos de apelación existen dudas sobre el contenido del derecho, pues cuando el derecho es claro los abogados no apelan pues piensan que van a obtener una decisión desfavorable.

Junto a la tesis de la indeterminación del derecho, Leiter presta especial atención a la tesis de la objetividad de la moral. La razón para ocuparse de este tema es que algunos autores han replicado que, más allá de que las fuentes autoritativas estén o no determinadas racionalmente, para encontrar la decisión jurídicamente correcta es necesario acudir a la moral, ésta sí objetiva. Es decir, estos autores afirman que aunque las fuentes autoritativas del derecho estuvieran indeterminadas racionalmente, el derecho está determinado racionalmente en la mayoría de los casos porque podemos y debemos interpretarlo con base a una moral objetivamente correcta.

Como es sabido, Ronald Dworkin sostiene tanto que existe una sola respuesta correcta para la mayoría de los problemas jurídicos, como que para alcanzar dicha respuesta es necesario recurrir a argumentos morales. Por tanto, independientemente de que fuera posible justificar más de una solución para el caso concreto con base exclusivamente a las fuentes autoritativas del derecho, es necesario en cualquier caso buscar cuál es la respuesta jurídica con base en la moral.

Según Dworkin, la tesis de la objetividad de la moral ha sido atacada por dos tipos de escepticismo, interno y externo, de los cuales sólo el primero sería plausible en algún sentido pero en cualquier caso derrotable¹⁵. Leiter se concentra precisamente en la defensa del escepticismo externo; mejor dicho, del no objetivismo meta-ético, la tesis según la cual no debemos admitir en nuestra ontología entidades morales. Según la reconstrucción de Leiter, es posible imputar a Dworkin al menos cuatro argumentos en contra del escepticismo externo: 1) la tesis de la imposibilidad de los argumentos externos: la única manera de argumentar sobre la objetividad de nuestras posiciones morales es mediante otros argumentos morales; 2) la tesis de la circularidad: la razón principal para no admitir en nuestra ontología hechos morales – la tesis de la mejor explicación – cae en una petición de principio; 3) la tesis de la absurdidad meta-física: los escépticos externos están presuponiendo la existencia de un mundo platónico desde el que juzgar objetivamente nuestras prácticas morales; 4) la tesis de la irrelevancia de la objetividad naturalista en el discurso moral.

¹⁴ Ibídem. p. 75. Leiter utilizar en otro lugar otro argumento: el argumento del significado evidente u obvio ("the plain meaning argument"). Véase LEITER, B., *Explaining Theoretical Disagreement*, en <http://ssrn.com/abstract=1004768>

¹⁵ Cfr. DWORKIN, R., *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 123 ss.

Voy a centrarme en los dos últimos argumentos dworkinianos y en las relativas respuestas de Leiter. La tesis de la absurdidad es en realidad un argumento doble que afirma, en primer lugar, que los escépticos externos estarían presuponiendo bien la existencia de un lugar externo y privilegiado desde el que juzgar nuestras prácticas morales, bien que exista algo así como partículas morales, hechos u objetos morales observables empíricamente¹⁶. En segundo lugar, la tesis de la absurdidad afirma que los escépticos morales no pueden dar cuenta de la fenomenología moral que, efectivamente, presupone la existencia de argumentos morales. Contra la tesis de que los escépticos externos asumen o presuponen un mundo (platónico) desde el que juzgar nuestras prácticas morales, Leiter recurre a la idea de la balsa de Neurath: si bien es cierto que no podemos abandonar nuestras prácticas y colocarnos en un lugar externo a aquéllas, el escéptico externo no está presuponiendo la existencia de un punto de vista exterior a nuestras prácticas desde el que juzgar la moral. Antes bien, lo que está haciendo es someter a análisis científico – otra de nuestras prácticas, pero no por casualidad la más exitosa – la tesis de la objetividad de la moral.

En segundo lugar, Leiter responde – implícitamente – a la (muy popular) tesis de la contradicción pragmática según la cual – dicho en muy pocas palabras – nuestro discurso moral presupone la existencia de valores, por lo que el discurso moral prueba de por sí la existencia objetiva de valores. Es decir, sólo podemos desarrollar un discurso moral si presuponemos la existencia de valores. Ahora bien, señala Leiter, aquí se ha dado un ligero desplazamiento del problema puesto que existe una diferencia entre ser capaces de usar la noción de valor – aquello que hacemos en nuestro discurso moral – y afirmar que existen entidades morales objetivas. A saber: si bien somos capaces de hablar como si existieran valores, ello no implica que debamos admitir en nuestra epistemología entidades morales objetivas, y menos todavía que nuestros valores sean objetivamente correctos.

Sin embargo, el argumento que parece más prometedor para los objetivistas como Dworkin es aquél de la irrelevancia: el discurso moral no pretende ofrecer explicaciones causales sino determinar qué es debido hacer. Por tanto, antes que el modelo de objetividad de las ciencias naturales, la práctica moral debe dotarse de un criterio de verdad o de corrección – ya no derivado de la práctica científica sino – sensible a razones. Leiter responde a esta tesis mediante tres argumentos: 1) no

¹⁶ Es importante recordar aquí, como hace Leiter, que ésta es precisamente la tesis del naturalismo realista (objetivista), esto es, la tesis según la cual los hechos morales supervienen o coinciden con hechos empíricos.

podemos referirnos al concepto de objetividad prescindiendo del concepto de objetividad naturalista; 2) sería completamente absurdo prescindir del concepto naturalista de objetividad para la moral; 3) aquello que es específicamente moral no es sensible a razones.

Leiter desarrolla prolijamente estos argumentos en contra de la tesis de la irrelevancia de la objetividad naturalista. No obstante, quiero llamar la atención sobre lo que Leiter considera que es susceptible de discusión (sensible a razones) dentro del discurso moral de primer orden. Pues bien, según Leiter, lo único sobre lo que podemos discutir racionalmente es acerca de hechos. Es decir, más allá de la discusión acerca de hechos y la consistencia lógica de nuestras justificaciones morales, no queda absolutamente nada de lo que discutir: únicamente quedan preferencias subjetivas no sensibles a razones. Leiter, no obstante, va más lejos en su tesis de la relevancia de la objetividad naturalista en el discurso moral de primer orden: por un lado, afirmando que el discurso meta-ético sobre la no objetividad tiene consecuencias sobre el discurso moral de primer orden porque, por ejemplo, nos permite desvelar convenciones hegemónicas acerca de tesis que son presentadas como objetivamente verdaderas o correctas; por el otro, afirmando que el deontologismo – como opuesto al consecuencialismo – resulta irracional en términos científicos y/o epistémicos, abriendo la puerta a algún tipo de consecuencialismo no objetivista. Sobre este último punto volveré al final.

1.3. *Naturalizar la teoría del derecho*

El proyecto de Leiter es, como creo que ya se habrá visto, bastante ambicioso, y toda la reconstrucción que hace del realismo responde explícitamente a un mismo objetivo: encontrar un lugar para la filosofía naturalista en la teoría del derecho. Para esta empresa, Leiter se basa especialmente en las tesis de Quine. En efecto, Leiter utiliza bastantes páginas para presentar las tesis fundamentales que servirían de base para su proyecto naturalista y pragmático de teoría del derecho. Vayamos por partes.

El naturalismo es para Leiter la tesis según la cual la práctica totalidad de los problemas filosóficos deben ser resueltos mediante teorías empíricas. Es decir, la filosofía no debe tratar de buscar argumentos para justificar o fundar el conocimiento científico como el único que tiene acceso privilegiado a la realidad sino que ella misma debe adoptar bien los resultados bien la metodología de las ciencias empíricas. Los filósofos, podríamos decir, deben abandonar la comodidad de sus bibliotecas y observar cómo son las prácticas científicas reales. Ello, sin embargo, no implica que la filosofía deba colapsar con una sociología del conocimiento o abocar en la tolerancia epistemológica y/o metodológica; implica que nuestras normas epistémicas deben ser

construidas con base en las disciplinas que resultan más exitosas. Y “exitosas” para Leiter son las disciplinas que consiguen realizar predicciones y por tanto explicar hechos y eventos.

Leiter diferencia dos tipos de naturalismo: de resultados y de métodos. Aquél que interesa al autor es el segundo, que ulteriormente divide en otras dos variantes: naturalismo metodológico normativo y naturalismo metodológico de reemplazo. Es precisamente este último – naturalismo metodológico de reemplazo – el que Leiter imputa a Quine y sobre el que desarrolla las bases de su teoría naturalista del derecho. El significado de dicha teoría es bastante claro: la epistemología fundacionalista ha fracasado en su intento de crear las bases de un conocimiento científico como el *locus* privilegiado del conocimiento por lo que la única alternativa posible es conocer qué métodos son utilizados y qué ontología están presuponiendo las ciencias empíricas exitosas.

Como es bien sabido, el proyecto de Quine se basa en una crítica cerrada al fundacionalismo del Círculo de Viena. Dicha crítica se desarrolla en tres frentes: a) la crítica a la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos, según la cual todos los enunciados son contrastables con la experiencia; b) la tesis del holismo del significado de los términos teóricos, según la cual el significado de dichos términos depende del entero marco teórico; c) la llamada tesis “Duhem-Quine” de infradeterminación de la teoría, según la cual es posible encontrarnos frente a dos teorías que responden igualmente a los mismos hechos pero carecemos de criterios científicos para determinar cuál es correcta, por lo que la única alternativa aceptable para elegir entre aquéllas se basa en criterios pragmáticos. No obstante, la crítica al neo-positivismo lógico no implica – ni para Leiter ni para Quine – el abandono del empirismo; antes bien, sólo significa que la justificación de nuestro conocimiento sólo puede ser pragmática, pero en ningún caso ello implica el abandono del empirismo. Dicho con otras palabras: frente a la imposibilidad de garantizar nuestro conocimiento, no queda más remedio que fiarnos del mejor conocimiento disponible, es decir, las ciencias empíricas exitosas.

El pragmatismo que presenta Leiter conlleva dos tesis: en primer lugar, la teoría o la filosofía deben implicar un cambio en la práctica, es decir, la tesis normativa de «sentido común»¹⁷ según la cual la teoría no debe ocuparse de verdades inaccesibles y que no suponen ningún cambio en la práctica. En segundo lugar, la tesis epistemológica según la cual la

¹⁷ LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, cit. p. 48. Según Leiter existiría una fuerte conexión entre nuestro conocimiento informal y el conocimiento científico. La característica común es que ambos tienen como objetivo realizar las predicciones necesarias para poder planificar nuestra acción.

justificación de nuestro conocimiento es inferencial y, por tanto, no existe ningún punto externo desde el que podamos justificar nuestro conocimiento como “realmente objetivo”. El mejor conocimiento del que disponemos es el conocimiento científico y es por tanto desde la ciencia desde donde debemos enjuiciar la bondad de nuestra epistemología.

Pues bien, lo que hace Leiter es presentar a los realistas americanos como proto-naturalistas y pragmatistas, y a partir de aquí derivar algunas importantes tesis para la teoría del derecho. La primera y más importante es la necesidad de naturalizar la teoría de la adjudicación judicial. En efecto, según Leiter, la teoría del derecho – en analogía con la epistemología positivista – se habría adentrado en un callejón sin salida intentando buscar un método para fundar una sola respuesta correcta con base en la clase de las razones jurídicas. Dicho proyecto está, según Leiter, simplemente avocado al fracaso.

En segundo lugar, Leiter lleva a cabo una importante crítica en torno a los límites del análisis conceptual como instrumento de la teoría del derecho. Partiendo del debate entre los diferentes conceptos de derecho ofrecidos por los diferentes tipos de positivismo, el autor discute la tesis – atribuible en diferentes versiones a Finnis, Dworkin y Perry – según la cual el análisis conceptual no permite por sí mismo determinar qué aspectos de dicha práctica son más relevantes y deben entrar por tanto en la definición del concepto de derecho. Ahora bien, según Leiter, habría un *non sequitur* en la argumentación de estos autores pues a partir de la tesis según la cual debemos introducir criterios prácticos para determinar qué aspectos deben ser incluidos en nuestro concepto de derecho, estos autores concluyen que dichos criterios deben ser valorativos.

Sin embargo, y pese a que la mayoría de argumentos en favor del positivismo jurídico son de carácter conceptual, ésta no parece ser la mejor vía según Leiter para determinar cuál debe ser nuestro concepto de derecho. El problema es que el análisis conceptual se basaría en al menos dos tesis: 1) la posibilidad de distinguir entre enunciados analíticos y sintéticos, ya extensamente criticada por Quine; 2) la creencia en que el análisis de nuestras intuiciones sobre el uso de los conceptos – siempre que no queramos reducir el análisis conceptual a mero análisis lexicográfico – nos garantiza un conocimiento mayor sobre, en este caso, el derecho. El problema es que, según Leiter, nada garantiza que nuestras intuiciones sean generalmente compartidas ni que dicho tipo de análisis nos proporcione un mejor conocimiento sobre cómo es efectivamente el derecho. Utilizando un ejemplo del propio Leiter, el análisis sobre cómo utilizamos el concepto de luna no nos dice todavía nada acerca de nuestro satélite.

Frente a la idea de introducir criterios valorativos prácticos (opuestos a criterios epistémicos) y las malas perspectivas que ofrece el análisis conceptual, Leiter llama nuevamente en causa a Quine, Neurath y a los

realistas para afirmar que debe ser el mayor éxito de las explicaciones generadas lo que debe servir como “dirección de ajuste” para nuestro concepto de derecho, y no simplemente aquél que responde mejor a nuestras intuiciones personales. Es decir, nuestro concepto de derecho no debe ser aquél que parece reconstruir mejor nuestras intuiciones morales o cognitivas, sino aquél que es utilizado por quienes realizan predicciones más exitosas. Esto es, el concepto de derecho (positivista) del realismo jurídico.

2. *Algunas consideraciones críticas*

El texto de Leiter afronta una gran cantidad de temas de los que aquí hemos podido dar cuenta sólo parcialmente. Sin embargo, la gran variedad de puntos analizados hacen que el libro de Leiter sea susceptible de diversas observaciones. Dejando claro que se trata de un texto extremadamente interesante, paso a analizar críticamente algunas de las tesis defendidas por Leiter. Me voy a centrar en dos problemas que si bien creo que son importantes, no cuestionan el interés general del libro ni la plausibilidad de la mayoría de las tesis sostenidas. En particular, me voy a ocupar de la tesis de la indeterminación del derecho de Leiter y de las razones (pragmáticas) para naturalizar la *jurisprudence*.

2.1. *La indeterminación del derecho*

La mejor manera para mostrar los problemas que tiene la tesis de la indeterminación de Leiter es comenzar por una intuición, bastante común entre quienes defienden alguna tesis sobre la indeterminación del derecho. A saber: en ocasiones nos encontramos frente a casos en los que el análisis de los documentos normativos permite justificar diferentes soluciones normativas. Es decir, casos en los que las fuentes del derecho admiten diferentes interpretaciones, incluso incompatibles. Sin embargo, la mayoría de los juristas saben muchas veces cómo van a decidir los tribunales¹⁸.

¹⁸ Hace no demasiado tiempo Rafael Escudero publicó un artículo [periódico *Público*, 07/06/2008] en el que defendía la constitucionalidad de una norma del parlamento del País Vasco para celebrar un referéndum sobre el futuro político de la región (el llamado “Plan Ibarretxe”). Más allá de la opinión que se defiende sobre esta cuestión, es posible defender que la tesis de Escudero no estaba basada en una lectura ilegítima de la Constitución. Se trataba, en este sentido, de un caso en el que se podía justificar más de una decisión con base en los enunciados constitucionales. Sin embargo, nadie dudaba sobre qué iba a hacer el Tribunal constitucional: fallar contra la constitucionalidad del texto.

Pues bien, según Leiter si el derecho está indeterminado racionalmente – podemos justificar más de una solución para el caso concreto – entonces también lo estará causalmente, y la predicción sobre cómo van a decidir los tribunales no puede estar basada en la clase de las razones jurídicas. Es importante recordar que Leiter incluye dentro de la clase la moral, si bien no es del todo claro en este punto. Esta tesis es susceptible de al menos dos críticas. En primer lugar, no se entiende por qué un defensor del positivismo excluyente incluye la moral dentro de la clase de las razones jurídicas. Sin embargo, este punto no tiene demasiada importancia y la compatibilidad con el positivismo excluyente podría ser defendida; por ejemplo, afirmando que al ser mencionados en enunciados normativos los enunciados con contenido moral se convierten en derecho, o que hacen referencia a la moral positiva y por tanto a hechos sociales.

Pero, en segundo lugar, incluir la moral en la clase de las razones jurídicas obliga a Leiter a afirmar que no podemos explicar – y por tanto tampoco predecir – el comportamiento judicial con base en la moral de los jueces, esto es, explicar con base a razones morales las decisiones judiciales. Desde luego, hay un sentido en el que no podemos explicar las decisiones judiciales con base en las razones jurídicas: si la clase permite justificar diferentes decisiones jurídicas, entonces parece necesario recurrir a algún meta-criterio para explicar por qué los jueces han elegido una de esas posibles respuestas.

Sin embargo, las razones jurídicas – en concreto la moral de los jueces – sí permite explicar las decisiones judiciales en otro sentido: si basándonos exclusivamente en una descripción de la moral de los jueces podemos realizar predicciones sobre cómo decidirán las controversias jurídicas, entonces debemos admitir las explicaciones basadas en razones. Dicho de otro modo: si podemos conocer las razones por las que los jueces han tomado una determinada decisión (y con base en aquéllas realizamos predicciones), entonces tenemos una explicación satisfactoria de dicha decisión. Por ejemplo, si sabemos que la mayoría de los jueces creen que debe defenderse el derecho al aborto, entonces parece que tenemos buenas razones para pensar que podemos explicar y predecir las decisiones judiciales sobre el tema. Es decir, pese a que admitamos que los enunciados normativos permiten justificar tanto la prohibición como la permisión del aborto, parece que en este caso podemos predecir cómo van a decidir los jueces precisamente con base en la clase de las razones jurídicas; en particular, con base en la moral de los jueces.

Lo que Leiter está defendiendo es la tesis según la cual una explicación basada en razones no es suficiente para explicar las decisiones judiciales: no basta con saber cómo piensan los jueces sobre una determinada cuestión normativa, sino que es necesario ofrecer explicaciones en términos causales. Esto es perfectamente solidario con su

modelo naturalista que toma como referente las ciencias empíricas naturales, que no hacen referencia a los estados mentales. Sin embargo, como el propio Leiter acepta, el modelo de las razones tiene algún poder explicativo-predictivo, y buena parte de los problemas epistemológicos que este modelo debía afrontar han sido – al menos parcialmente – superados en el plano filosófico¹⁹.

El modelo de explicaciones empíricas de Leiter tiene una importante ventaja: si somos capaces de explicar las razones socio-político-económicas por las que los jueces deciden de una determinada manera, entonces podremos predecir incluso los cambios de doctrina por parte de los tribunales. Leiter, no obstante, tiene que afrontar dos dificultades respecto a este tipo de explicaciones y predicciones. La primera de ellas, admitida por el autor, es que las ciencias sociales empíricas consiguen hacer predicciones con bajos índices de probabilidad²⁰. La segunda es que parece imposible escapar al modelo de las razones puesto que las variables que utilizan los estudios empíricos sobre las decisiones judiciales consisten precisamente en razones. En este sentido, aunque Leiter también acepta esta crítica, resulta difícil entender su insistencia en las explicaciones causales.

Sin embargo, me parece que el problema fundamental es la manera en la que Leiter configura su tesis de la indeterminación racional del derecho. En efecto, según Leiter el derecho está indeterminado racionalmente de manera “local”, sólo en algunos casos (aunque muchos más de los que creen la mayoría de los teóricos del derecho). Sin embargo, el argumento de Leiter para defender la tesis “local” no me parece demasiado plausible: en ocasiones existe un único criterio interpretativo aplicable a los enunciados normativos. Podemos interpretar esta tesis de dos maneras: como un argumento normativo y como un argumento convencionalista. Voy a descartar la primera opción porque supondría que el mayor difusor del naturalismo estaría afirmando que el derecho está determinado porque debe aplicarse un solo criterio interpretativo, lo que equivale a decir que el derecho está determinado porque existe una norma que obliga a aplicar un único criterio interpretativo. Me parece que esta tesis tiene dos problemas: el primero es que existe una cierta tensión entre afirmar que es

¹⁹ Me estoy refiriendo a DAVIDSON, D., “Azioni, ragioni, cause”, en *Azioni ed Eventi*, il Mulino, Bologna, 1992

²⁰ Paradójicamente, no estoy de acuerdo con la crítica que el propio Leiter acepta para su modelo. Según el autor, lograr sólo el 71% de predicciones resulta demasiado poco como para considerarlo una disciplina científica (se refiere al modelo de las actitudes de Segal y Spaeth, (cit. pp. 187, 192). Supongo entonces que Leiter tampoco consideraría científicas disciplinas como la meteorología o la vulcanología que alcanzan porcentajes iguales o inferiores en sus predicciones.

necesario naturalizar la teoría de la adjudicación y más tarde recurrir a argumentos de carácter normativo. El segundo es que no existe una norma que nos diga qué criterio interpretativo debemos aplicar. Antes bien, en nuestros ordenamientos existen disposiciones que prevén diferentes criterios interpretativos, dichos criterios no están jerarquizados y carecemos de meta-normas que nos digan qué criterio interpretativo debemos aplicar²¹.

Como argumento convencionalista, Leiter afirmaría que en ocasiones los juristas aplican un único criterio interpretativo a un enunciado. Sin embargo, me parece que éste es un mal argumento para defender la tesis de la indeterminación “local”. En efecto, Leiter tiene que afrontar una dificultad fundamental: qué ocurre si los jueces dejan de aplicar ese criterio interpretativo y comienzan a utilizar otro, derivando normas diferentes a partir de los mismos enunciados normativos. Esto es, el caso en el que el derecho cuyo contenido era perfectamente claro se convierte de improviso en un caso indeterminado racionalmente. Me parece que la constitución estadounidense puede ser un buen ejemplo en este sentido.

Leiter responde que en este caso nos encontramos frente a un error de derecho, crítica de Hart²² a los realistas americanos que me parece que acepta demasiado rápidamente. Ahora bien, el problema es que de este modo no podemos dar cuenta de los cambios en las interpretaciones de las disposiciones normativas, es decir, casos en los que efectivamente se ha producido un cambio en la interpretación de los enunciados normativos pero dicha interpretación se ha consolidado con el paso del tiempo en las jurisprudencias de nuestros tribunales. Dicho con otras palabras: no podemos dar cuenta de las mutaciones del derecho.

Descartado el argumento de la corrección de los criterios interpretativos – en ambas versiones – parece que no queda más remedio,

²¹ Es posible afirmar que no sólo existe indeterminación sobre el contenido de los enunciados normativos que regulan la conducta, sino también ambigüedad y vaguedad sobre las disposiciones jurídicas que disciplinan la interpretación jurídica. Cfr. GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 183 ss.

²² No es éste el lugar indicado para presentar una respuesta desde el realismo jurídico a la teoría del error de derecho. Sin embargo quiero apuntar brevemente una intuición: puede resultar extraña la tesis según la cual expertos y estudiosos de una materia y jueces de reconocido prestigio que se sientan en nuestros tribunales constitucionales se confunden al aplicar el derecho. Según esta intuición, los tribunales raramente se equivocan al aplicar el derecho, más todavía cuando justifican mediante largas sentencias sus decisiones y, por tanto, la regla que están aplicando. Antes bien, lo que estarían haciendo los jueces es interpretar el derecho de manera diferente, justificando y aplicando otra regla. Es necesario recordar, por otro lado, y en contra de la tesis de Leiter, que la teoría del error está basada en el análisis conceptual de la intuición de que los jueces en ocasiones se equivocan, método de análisis que el propio Leiter se ocupa de criticar.

si aceptamos la tesis de la ambigüedad de los enunciados normativos, que aceptar la tesis de la indeterminación racional “total”. Sin embargo, se podría replicar, seguimos sabiendo que en algunos casos el derecho está determinado, que los juristas no necesitan recurrir a explicaciones socio-políticas ni morales para saber cómo van a decidir los tribunales. Este no es el lugar para afrontar este tema con la profundidad necesaria y resulta suficiente señalar que el argumento de la corrección de los criterios interpretativos no sirve a Leiter para justificar la tesis de la indeterminación “local” del derecho.

2.3. *Why... Naturalizing Jurisprudence?*

La meta-teoría que Leiter nos presenta es bastante clara: la teoría del derecho no se debe ocupar de los debates sustantivos acerca del derecho, ni de realizar análisis conceptuales basados en intuiciones sobre nuestro uso del concepto de derecho. Antes bien, la teoría debe convertirse en una disciplina abstracta relativa al discurso de las disciplinas científicas que mayor éxito predictivo tienen. Dicha tarea, según Leiter, debe partir del análisis de las asunciones de los abogados que realizan predicciones con un alto grado de atendibilidad. Ello no implica que la teoría deba ser meramente descriptiva, sino que puede y debe organizar sistemáticamente una metodología para llevar a cabo dichas predicciones.

Lo que voy a comentar aquí es la razón por la que Leiter cree que debemos afrontar esta tarea. Dicha justificación me parece insuficiente. En efecto, según Leiter debemos adoptar la epistemología de las ciencias empíricas porque es la que mejores resultados ha dado: es la que permite volar a los aviones o realizar trasplantes. Es posible dirigir una primera crítica a Leiter – aparentemente sin demasiada importancia – sobre la distinción entre ciencia y técnica: no es la ciencia la que permite volar los aviones, sino la ingeniería aeronáutica, una técnica que aplica el conocimiento científico proporcionado por la física. En segundo lugar, se puede replicar que tiene poco que ver hacer volar aviones o realizar trasplantes con el derecho. Si la epistemología de la teoría del derecho debe ser aquella científica debe ser por razones más concretas.

Leiter, en realidad, especifica una razón para adoptar tal epistemología: realizar predicciones sobre el comportamiento judicial. De este modo, toda la teoría del derecho²³ debe girar en torno a las asunciones que adoptan quienes realizan las predicciones más certeras sobre las decisiones judiciales. Ahora

²³ En realidad aquí Leiter es ambiguo, y al menos en una ocasión afirma que sólo sería una parte de la teoría del derecho. Cfr. LEITER B., *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 114.

bien, si éstas son todas las razones para afirmar que es necesario naturalizar la teoría del derecho – proporcionar a los abogados mejores criterios epistemológicos y metodológicos para realizar predicciones – a mí me parece demasiado poco. Leiter podría haber mencionado otros argumentos que dotarían de mayor justificación práctica a su proyecto. Por ejemplo, si la idea del estado de derecho se basa precisamente en la posibilidad de conocer de antemano qué consecuencias jurídicas producirán nuestros actos, y el objetivo de la teoría naturalizada es predecir las decisiones judiciales, entonces Leiter podría haber recurrido a esta idea para dotar de un mayor fundamento práctico a su teoría.

Volvamos a la – aparentemente poco importante – primera crítica. En efecto, algunos autores han afirmado que la teoría no debe servir sólo a realizar predicciones, sino que debe proporcionar los instrumentos conceptuales necesarios para alcanzar mejores decisiones. Además, por otro lado, el realismo jurídico estadounidense no se limitaba a un programa exclusivamente científico para realizar predicciones. Los autores considerados por Leiter – o al menos algunos de ellos²⁴ – concebían su propia tarea no como una ciencia que se limitaba a realizar predicciones, sino como una técnica que servía para alcanzar decisiones prácticas mejores.

Nada impide, no obstante, separar el programa científico del realismo de aquél técnico, y no por ello la reconstrucción de Leiter sería implausible. El problema es que Leiter efectivamente “coquetea” con este programa técnico afirmando, por ejemplo, que el análisis meta-ético tiene consecuencias sobre el discurso moral de primer orden y que resulta absurdo llegar a conclusiones prácticas partiendo de asunciones falsas. Dicho de otro modo: la epistemología más exitosa – aquella científica – nos permite criticar ciertas asunciones (Leiter cita *en passant* nada menos que las morales deontológicas) y las decisiones que de ellas derivamos, por científicamente absurdas.

Obviamente no podemos criticar a Leiter por no haber escrito otro libro sobre el proyecto técnico o normativo de los realistas. Sin embargo,

²⁴ La afirmación es segura para el caso de Llewellyn y, con matices importantes, para Felix Cohen. Entre los autores no mencionados por Leiter cabe destacar a William Douglas. No cabe duda de que estos autores no desarrollaron una teoría normativa sobre la decisión judicial. Sin embargo, también es claro que algunos realistas pensaron que un conocimiento científico sobre el derecho vigente y sobre la sociedad podía ayudar a mejorar la toma de decisiones jurídicas. Creo que en este sentido pueden ser entendidas dos “famosas” frases de Llewellyn: «Realism is not a philosophy, but a technology» (*The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, 1960, Appendix B, p. 509) y «[t]he temporary divorce of Is and Ought for purposes of study» (cuarto punto de la respuesta de Llewellyn a R. POUND, *Some Realism about Realism*, en “Harvard Law Review”, vol. 44, 1931). Sobre las tesis normativas de los realistas americanos véase RUMBLE, C., *op. cit.*, pp. 183 ss.; TARELLO, G., *op. cit.*, pp. 210 ss.

lo que sí podemos hacer es criticar a Leiter por afirmar que su proyecto a analizar los presupuestos epistemológicos de quienes realizan predicciones sobre las decisiones judiciales y las razones por las que sería importante hacerlo. Antes bien, parece que Leiter tiene una tesis en torno a cómo nuestro conocimiento científico puede ayudarnos a tomar mejores decisiones prácticas. Y no parece que se trate de un simple desliz²⁵.

²⁵ Véase en este sentido, *In praise of realism (and against non-sense jurisprudence)*, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113461) donde no se limita a criticar que las asunciones epistémicas dworkinianas sean inaceptables, sino que va más lejos afirmando – citando a Nietzsche y a Raymond Guess – que se trata del “timo de las grandes palabras” (“the swindle with big words and virtues”).