

BRIAN LEITER

NATURALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO

Traducción y estudio introductorio de
Giovanni Battista Ratti

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

	Pág.
ESTUDIO INTRODUCTORIO , de Giovanni Battista RATTI.....	11
PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	29
AGRADECIMIENTOS	33
INTRODUCCIÓN: DEL REALISMO JURÍDICO A LA TEORÍA DEL DERECHO NATURALIZADA	35
UNA NOTA SOBRE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	43

PRIMERA PARTE

EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO Y SUS CRÍTICOS

CAPÍTULO I. REPENSANDO EL REALISMO JURÍDICO: HACIA UNA TEORÍA DEL DERECHO NATURALIZADA	49
1. INTRODUCCIÓN	49
2. EL REALISMO JURÍDICO REAL	56
2.1. La tesis nuclear	56
2.2. La tesis nuclear y la concepción estándar	60
2.3. Determinismo y generalidad	62
3. NATURALISMO Y PRAGMATISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO	67

	Pág.
3.1. Introducción	67
3.2. Naturalismo.....	68
3.3. Pragmatismo	84
3.4. Los realistas, ¿ofrecen una teoría del derecho naturalizada?...	92
4. CONCLUSIÓN.....	96
CAPÍTULO II. UNA NUEVA CONSIDERACIÓN DEL REALISMO JURÍDICO Y DEL POSITIVISMO JURÍDICO	99
1. EL REALISMO JURÍDICO.....	101
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO.....	106
3. VARIEDADES DE ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS	109
4. EL ESCEPTICISMO CONCEPTUAL ANTE LAS REGLAS	111
5. ESCEPTICISMO EMPÍRICO ANTE LAS REGLAS	115
6. UNA PREOCUPACIÓN FINAL ACERCA DE REALISMO Y POSITIVISMO	122
7. CONCLUSIÓN.....	123
CAPÍTULO III. ¿EXISTE UNA TEORÍA DEL DERECHO «NORTE-AMERICANA»?	125
1. TEORÍA DEL DERECHO	125
2. MODELOS, REVOLUCIONES E HISTORIA DE LAS IDEAS.....	130
3. DEL FORMALISMO AL REALISMO	132
4. DESPUÉS DEL REALISMO.....	139
5. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS	147
APÉNDICE A LA PRIMERA PARTE. LA INTERPRETACIÓN DEL REALISMO JURÍDICO	151

SEGUNDA PARTE

FORMAS DE NATURALIZAR LA TEORÍA DEL DERECHO

CAPÍTULO IV. REALISMO JURÍDICO, POSITIVISMO EXCLUYENTE Y LOS LÍMITES DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL	173
1. INTRODUCCIÓN	173
2. EL POSITIVISMO	174
3. ARGUMENTOS CONCEPTUALES	175

	Pág.
4. LA GUÍA PÚBLICA DE LA CONDUCTA.....	178
5. AUTORIDAD	182
6. LOS LÍMITES DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL	185
CAPÍTULO V. ¿POR QUÉ QUINE NO ES UN POSMODERNO?.....	191
1. INTRODUCCIÓN	191
2. LEGITIMIDAD EN LA ADJUDICACIÓN Y VERDAD EN EL DERECHO	192
3. EL QUINE DE PATTERSON VS. QUINE EL NATURALISTA.....	199
CAPÍTULO VI. MÁS ALLÁ DEL DEBATE HART/DWORKIN: EL PROBLEMA DE LA METODOLOGÍA EN LA TEORÍA DEL DERECHO	209
1. EL DEBATE HART/DWORKIN Y EL DEBATE HART/RAZ.....	212
2. LA METODOLOGÍA DE LA TEORÍA DEL DERECHO: ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA DESCRIPTIVA DEL DERECHO?	222
3. LA METODOLOGÍA FILOSÓFICA: EL GIRO NATURALISTA...	235
APÉNDICE A LA SEGUNDA PARTE. CIENCIA Y METODOLOGÍA EN LA TEORÍA DEL DERECHO.....	245

TERCERA PARTE

NATURALISMO, MORAL Y OBJETIVIDAD

CAPÍTULO VII. LOS HECHOS MORALES Y LAS MEJORES EXPLICACIONES.....	267
1. INTRODUCCIÓN	267
2. MEJORES EXPLICACIONES.....	268
3. EXPLICACIONES NATURALISTAS	271
4. RÉPLICA: LA DECISIÓN DE NO PARTICIPAR EN EL DEBATE SOBRE LAS EXPLICACIONES.....	276
5. RÉPLICA: DISCUTIENDO LOS MÉRITOS EXPLICATIVOS.....	279
5.1. Identidad/superveniencia	279
5.2. Pérdida explicativa	282
6. CONCLUSIONES	290

	Pág.
CAPÍTULO VIII. OBJETIVIDAD, MORAL Y ADJUDICACIÓN.....	293
1. DWORKIN SOBRE LA OBJETIVIDAD	296
1.1. Introducción	296
1.2. «Interno» y «externo»	297
1.3. Nada más que argumentos internos	303
1.4. Escepticismo externo: ininteligibilidad o circularidad	305
2. DOS TIPOS DE OBJETIVIDAD	310
2.1. McDowell sobre la objetividad	310
2.2. McDowell y Dworkin	316
3. EN CONTRA DEL NO-NATURALISMO	318
3.1. ¿La objetividad es irrelevante?.....	319
3.2. Sensibilidad a razones.....	323
4. CONCLUSIÓN.....	327
CAPÍTULO IX. DERECHO Y OBJETIVIDAD	329
1. OBJETIVIDAD METAFÍSICA.....	329
1.1. ¿Qué tipo de independencia?	330
1.2. ¿Cuánta independencia?.....	331
2. OBJETIVIDAD EPISTEMOLÓGICA.....	334
3. OBJETIVIDAD SEMÁNTICA	335
4. DERECHO Y OBJETIVIDAD	338
5. ¿CUÁN OBJETIVO ES EL DERECHO?	340
6. OTROS ENFOQUES CONCERNIENTES A LA OBJETIVIDAD DEL DERECHO.....	346
BIBLIOGRAFÍA	353
ÍNDICE ANALÍTICO	371

ESTUDIO INTRODUCTORIO *

Giovanni Battista RATTI

1. La obra que se presenta aquí en versión castellana —*Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*¹— es, sin exageración, uno de los principales textos de teoría del derecho de los últimos veinte años². A su vez, la traducción que aquí se introduce constituye el enésimo fruto de un afortunado programa de acercamiento entre la teoría del derecho anglosajona y la teoría analítica del derecho «continental»³ ideado, hace algunos años, por miembros de las universidades de Girona y de Génova. Los innumerables seminarios con teóricos anglosajones que han tenido lugar en Girona y en Génova han culminado en la gran conferencia sobre «Neutralidad y teoría del derecho» que se celebrara en Girona en mayo de 2010, organizada con los auspicios del grupo de filosofía del derecho de la universidad local, capitaneado por Jordi FERRER BELTRÁN, y de la editorial Marcial Pons. Esa conferencia reunió a muchos de los autores más importantes en las dos tradiciones teóricas mencionadas y ha constituido un hito fundamental de ese proyecto. Entre los ponentes figuraba también el autor de este libro, Brian LEITER⁴.

* Agradezco a Jordi FERRER BELTRÁN, Riccardo GUASTINI, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO y Tobías J. SCHLEIDER por sus valiosas observaciones a una versión previa del presente estudio introductorio.

¹ LEITER, 2007. En lo que sigue haré referencia a la presente edición mediante el acrónimo *NTD*.

² Para una excelente presentación de las principales tesis del libro, acompañada por agudas observaciones críticas, cfr. también NÚÑEZ VAQUERO, 2011: esp. 339-350.

³ Donde, siguiendo un uso terminológico que se ha ido afirmando, por «continental» entiendo la teoría jurídica, de inspiración analítica, desarrollada por teóricos que operan en Europa continental y Latinoamérica: es decir, los países con sistemas jurídicos de *civil law*.

⁴ Brian LEITER, después de pasar muchos años en la facultad de derecho de la Universidad de Texas, ha llegado recientemente a la «Law School» de la Universidad de Chicago, donde es, entre

2. Entre los autores anglosajones, LEITER es sin duda el más cercano a las posturas teóricas de la mayoría de los iusfilósofos analíticos europeos y latinoamericanos, por varias razones. En primer lugar, es prácticamente el único positivista anglosajón que sostiene una posición (moderadamente) escéptica de la interpretación jurídica, en algunos rasgos similares a la teoría genovesa (y gerundense); en segundo lugar, como muchos positivistas activos en la teoría analítica del derecho «continental», LEITER, lejos de considerar el realismo una concepción opuesta al positivismo (como sostienen, en cambio, HART y sus epígonos), lo considera complementario a aquél y hasta necesario para el positivismo a los efectos de proporcionar una adecuada representación del proceso de toma de decisiones; en tercer lugar, cosa algo inusual en la literatura anglosajona, LEITER pone en el centro de sus investigaciones la cuestión del conocimiento del derecho: tema central, y desde siempre, para los teóricos analíticos «continentales» (aunque, como veremos, él lo aborde de manera parcialmente distinta); finalmente, LEITER comparte con los filósofos positivistas europeos y latinoamericanos un trasfondo metaético de índole no-cognoscitivista, mientras que en el mundo teórico-jurídico anglosajón impera un difuminado (y algo informe) cognoscitivismo, incluso en autores que se profesan abiertamente positivistas. En lo que sigue, presentando sucintamente el libro, articularé un poco más detenidamente cada punto, poniendo de relieve los aspectos que considero más relevantes para un lector formado en una cultura jurídica del *civil law*.

3. El núcleo del libro de LEITER consiste en un replanteo global de la teoría del derecho, mediante argumentaciones y perspectivas sumamente no-

otras cosas, Karl N. LLEWELLYN Professor of Jurisprudence y Director del «Center for Law, Philosophy & Human Values». Ha visitado recientemente muchas universidades europeas, entre las cuales están Génova, Girona, Milano «Bocconi», Paris X-Nanterre y Oxford. Su formación es ecléctica —es licenciado en derecho y tiene un doctorado en filosofía (ambos en la Universidad de Michigan)— y sus intereses son muy variados: es estudioso, a la vez, de NIETZSCHE y de QUINE, de derecho positivo y de epistemología, de libertad religiosa y de filosofía moral; es muy activo tanto en el ámbito de la *analytical jurisprudence* como en el de la reinterpretación de algunos clásicos de la filosofía. En particular, es fundamental en su postura la interpretación de algunos clásicos de la filosofía en clave protonaturalista y su oposición (como muestra el capítulo 5 de *NTD*) a considerar a QUINE como un precursor del «posmodernismo» (esto es, como un precursor, entre otras cosas, de la filosofía antianalítica contemporánea): sobre el punto, no se puede no estar de acuerdo con él, siendo suficiente sólo recordar la participación de QUINE en la famosa carta abierta, publicada en el *Times* de Londres el 9 de mayo de 1992, en la que algunos filósofos analíticos pedían a la Universidad de Cambridge que no confiriera el doctorado *ad honorem* al filósofo deconstruccionista francés Jacques DERRIDA. La carta terminaba con la siguiente declaración, tajante: «*Academic status based on what seems to us to be little more than semi-intelligible attacks upon the values of reason, truth, and scholarship is not, we submit, sufficient grounds for the awarding of an honorary degree in a distinguished university*». Fruto de esta particular postura filosófica es su interesante y algo heterodoxo uso conjunto de tesis de NIETZSCHE y de QUINE. Obsérvese que dicha combinación no es en absoluto banal, si se recuerdan las críticas vertidas por Bertrand RUSSELL —una de las principales influencias de QUINE— en su *Historia de la filosofía occidental* en contra de la filosofía nietzscheana. Como recuerda LEITER en el prefacio escrito precisamente para esta edición, el movimiento argumentativo que le permite hacer esto pasa por considerar a NIETZSCHE como un naturalista *ante litteram*, por lo menos en lo que concierne al ámbito de la moral (de manera algo similar a lo que ocurre con los realistas jurídicos norteamericanos en lo que concierne al razonamiento jurídico).

vedosas, destinadas a dar apoyo a tres ideas fundamentales (a las cuales corresponden, *grosso modo*, las tres partes en las que está dividido el libro):

1) El realismo jurídico norteamericano es una forma de naturalismo filosófico *ante litteram* (en particular, de «naturalismo del reemplazo» de corte quineano)⁵ aplicado al análisis de la toma de decisiones judiciales: más concretamente, del mismo modo que el naturalismo sostiene, con la tesis DUHEM-QUINE sobre la infradeterminación de las teorías, que los datos sensoriales no justifican una única teoría científica, los realistas jurídicos defienden la idea de que la «clase de las razones jurídicas» no justifica una única decisión jurídicamente correcta⁶.

2) El realismo jurídico no sólo no es incompatible con el positivismo jurídico, sino que presupone su variante excluyente, aunque entendida —como veremos— de manera bastante distinta de la manera en que la elaboran sus principales defensores en la teoría anglosajona.

3) El objetivismo moral tiene que ser rechazado sobre la base del hecho de que presupone entidades que no caben en el ámbito de los vínculos epistemológicos y ontológicos que se infieren de las teorías científicas exitosas (cuyos métodos, según el naturalismo, deben ser utilizados también en el ámbito filosófico). Siendo esto así, la teoría de Ronald DWORKIN —que predica la univocidad del derecho sobre la base de consideraciones morales, que presuponen, de manera injustificada, la objetividad de la moral— se revela como una concesión de discrecionalidad sin límites a los órganos aplicadores del derecho: una discrecionalidad mucho más amplia de la que, en el nivel descriptivo, les atribuyen, según LEITER, gran parte de los realistas norteamericanos.

4. Como es fácil advertir de lo dicho, uno de los objetivos principales de LEITER consiste en reavivar el realismo jurídico, considerado, en la cultura jurídica anglosajona (y no sólo en ella)⁷, felizmente fallecido desde hace bastante tiempo. Sin embargo, LEITER consigue mucho más que eso: construye una concepción positivista del derecho sobre sólidas bases empíricas, añadiendo a los pilares clásicos del positivismo metodológico algunas tesis acerca de la indeterminación del derecho (a través de una cierta concepción de la interpretación de los enunciados normativos), del estatus de la ciencia jurídica y de la objetividad de la moral.

5. La estrategia seguida por LEITER al rehabilitar el realismo jurídico norteamericano consiste, en su estructura, en tres movimientos principales: 1) en primer lugar, negar que su versión caricaturizada o «frankificada» —según la cual las decisiones judiciales serían tomadas exclusivamente sobre la

⁵ Por «naturalismo del reemplazo» (o «naturalismo quineano») se entiende una concepción de la filosofía que pretende realizar una reflexión filosófica conectada con, y dependiente de, la reflexión científica, a la vez que se propone como su resultado principal la producción de teorías explicativas y/o descriptivas (véase *NTD*: 68 y ss.).

⁶ *NTD*: 75. Véanse también las agudas observaciones de COLEMAN, 2001: cap. 12.

⁷ Véanse BARBERIS, 2011, y HIERRO, 2011.

base de las preferencias individuales de los jueces— sea la lectura propuesta por la mayoría de los realistas, dado que ellos estaban interesados en *predecir* las decisiones judiciales: algo imposible si la versión caricaturizada hubiese efectivamente sido sostenida por ellos (*NTD*: 58); 2) en segundo lugar, sostener que la tesis nuclear del realismo es que, en bastantes ocasiones (aunque no siempre), «los jueces alcanzan decisiones basadas en lo que ellos piensan que es justo en relación con los hechos del caso, más que sobre la base de las reglas jurídicas aplicables» (*NTD*: 55) y que esta tesis se vincula con la otra tesis según la cual los «anclajes» de la decisión judicial no consisten, como pensaba FRANK, «en hechos peculiares relativos a los jueces individuales, sino que deben ser lo suficientemente generales y comunes como para ser accesibles y admitir tipos de generalizaciones en forma de leyes» (*NTD*: 60), y 3) en tercer lugar, sostener que, en cuanto teoría del derecho, el realismo jurídico está caracterizado por dos compromisos filosóficos específicos con el «naturalismo» y el «pragmatismo». «Según el naturalismo, una teoría satisfactoria de la adjudicación debe acompañarse de una investigación empírica en las ciencias sociales y naturales. De acuerdo con el pragmatismo, una teoría satisfactoria de la adjudicación debería permitir a los juristas predecir lo que harán los tribunales» (*NTD*: 65). De ahí que naturalismo y pragmatismo resulten vinculados de la siguiente manera: «para predecir de un modo confiable y efectivo lo que harán los tribunales se debe conocer lo que *causa* sus decisiones; estas causas, a su vez, están disponibles solamente para el tipo de investigación empírica, modelada según los cánones de las ciencias sociales y naturales, que los realistas propugnan». Por consiguiente, necesitamos «una teoría *naturalista* de la adjudicación [...] para producir una teoría *pragmáticamente valiosa* para los juristas, es decir, una teoría que les permita predecir lo que harán los tribunales» (*NTD*: 65).

6. Según LEITER, el realismo, entonces, no pretende ser una teoría general del derecho, sino más bien una teoría de la adjudicación⁸. Siguiendo la analogía acerca del debate entre fundacionalismo y naturalismo (adverso al primero), y vinculando al fundacionalismo con alguna forma de (neo)formalismo jurídico, LEITER define a esa teoría como «antifundacionalista», en el sentido de que defiende la tesis de que, en muchos casos, hay diferentes razones jurídicas, todas legítimas, que pueden justificar calificaciones jurídicas distintas e incompatibles del mismo caso. De ahí que las razones jurídicas no sean instrumentos útiles para explicar por qué un determinado juez o conjunto de jueces decidieron de cierta manera. En consecuencia, lo que se necesita es una investigación de las razones reales, eminentemente no jurídicas, capaces de explicar y predecir la toma de decisiones judiciales.

⁸ Cfr. también TARELLO, 1962: 239, el cual escribe: «Es verdad que (aunque con alguna indecisión) los realistas evitaron ofrecer una definición general de “derecho” y se limitaron a proporcionar algunos “puntos focales” y a hacer a algunos de ellos perspectivas privilegiadas sobre la base de consideraciones prácticas».

Sin embargo, observa LEITER (*NTD*: 103-104), esa concepción antifundacionalista de la explicación de las decisiones judiciales presupone una concepción del derecho que no puede ser, a su vez, naturalista y empírica, sino conceptual: y ésta consiste en el positivismo jurídico, en particular en una versión, por así decirlo, «depurada» del positivismo excluyente (*NTD*: 250). Con más detalle, el realismo jurídico descansa, con su argumento de la indeterminación del derecho, sobre criterios de juridicidad puramente fácticos, o de pedigrí, ya que supone que la clase de las razones jurídicas se deriva exclusivamente de las fuentes explícitamente consideradas tales por el mismo derecho.

Obsérvese que el positivismo excluyente postulado por los realistas no tiene mucho que ver con los argumentos conceptuales esgrimidos por RAZ o SHAPIRO a su favor; en efecto, hay razones para dudar en definir con ese rótulo la forma de positivismo metodológico postulado por los realistas. Como es sabido, RAZ (1994) sostiene que las normas jurídicas no pueden incorporar criterios morales porque, al hacer esto, no pueden cumplir su función a favor de sus destinatarios, es decir, zanjar la discusión acerca de lo que los mismos destinatarios deben hacer para satisfacer, de la mejor manera posible, los requerimientos de la «*recta ratio*». Por su parte, SHAPIRO (2001) sostiene que una regla de reconocimiento que incluyera conceptos morales o remitiera a argumentos morales no marcaría ninguna diferencia práctica en la deliberación de sus destinatarios, pues no bloquearía aquellas consideraciones axiológicas que se realizarían en ausencia de dicha regla y que no deberían realizarse precisamente en virtud de esa regla, de manera que un derecho incluyente frustraría *ab origine* su función de guía de la conducta.

El argumento central de los realistas a favor del positivismo excluyente, en cambio, es muy distinto. LEITER lo articula en dos pasajes principales: 1) si se quiere sostener que los jueces aplican normas no jurídicas al decidir ciertos casos, se necesita un criterio para demarcar aquellas normas que forman parte del ordenamiento jurídico y aquellas que caen fuera de su ámbito. Y el criterio para hacer esto usualmente utilizado por los juristas hace simplemente referencia, la mayoría de las veces, a las constituciones, a las leyes y a los precedentes⁹. Una simple relevación empírica —sugiere la teoría jurídica naturalizada— nos dice que, en los órdenes jurídicos liberales, los juristas usan los códigos, y no, por ejemplo, los textos religiosos o los diálogos de Platón, para solucionar los casos que se les someten. 2) Los programas de investigación científico-jurídicos más exitosos se basan (más o menos explícitamente) en la noción de derecho propia del positivismo excluyente, *i. e.*, asumen que las explicaciones del comportamiento basadas en el derecho presuponen explicaciones en términos de normas dotadas de pedigrí. La variante excluyente del positivismo, en consecuencia, «estaría sustentada por su rol implícito en

⁹ *NTD*: 113.

las mejores teorías a posteriori del derecho y por su lugar en el orden causal de la naturaleza» (NTD: 187)¹⁰.

7. Además de partidarios del positivismo excluyente en lo que concierne a los criterios de validez, los realistas serían también moderadamente convencionalistas acerca del uso de las reglas para decidir los casos judiciales discutidos ante los jueces de rango más bajo. Según LEITER, ellos sostienen que existen casos en los que los jueces se sirven de las reglas jurídicas para determinar la solución de un caso, permitiendo así a los juristas predecir el contenido de las decisiones judiciales sobre la base de lo que se desprende de las fuentes dotadas de pedigrí (previamente interpretadas).

De ahí que los realistas no puedan ser considerados, *pace* HART¹¹, escépticos conceptuales ante las reglas, sino sólo escépticos empíricos. Es decir, ellos sostienen que, *de hecho*, los jueces no usan, en determinadas ocasiones, reglas jurídicas para tomar sus decisiones, pero no afirman que las reglas son siempre y completamente indeterminadas, o que nunca guían la decisión de un pleito (aunque sean determinadas).

La doble tesis realista es, entonces, que las disposiciones normativas a menudo son indeterminadas (en razón de la pluralidad de métodos interpretativos utilizables) y, en muchas ocasiones, *de hecho* no orientan la decisión del juez. Obsérvese que los dos elementos de la tesis no están necesariamente vinculados: las reglas podrían estar siempre determinadas y, no obstante, no orientar nunca, por alguna razón socio-cultural, las decisiones judiciales.

Cabe observar que tanto HART como los realistas norteamericanos piensan que el derecho está (a veces) indeterminado, pero enfatizan dos tipos bien distintos de equivocidad. Como ha sugerido repetidamente GUASTINI¹², y como observa también LEITER, HART, cuando se ocupa de indeterminación del derecho, se centra exclusivamente en la vaguedad (actual o potencial) de los conceptos de clase (característica, por otro lado, señalada también por los realistas norteamericanos): esto es, se ocupa de lo que GUASTINI llama la «interpretación en concreto», *i. e.*, la subsunción de casos individuales bajo casos genéricos regulados por normas (*i. e.*, por fuentes ya interpretadas). En cambio, los realistas norteamericanos —al igual que KELSEN (1960a: cap. 8), Alf ROSS (1958: cap. 4), o GUASTINI (2011), y a diferencia de HART, que guarda silencio

¹⁰ Cabe observar que hay muchas afinidades entre el positivismo excluyente «depurado» de LEITER y el positivismo metodológico de ROSS (1961), aunque ambos tengan, por así decirlo, «direcciones de ajustes» diferentes: el de ROSS deriva de sus compromisos metaéticos y metacientíficos, aplicados sucesivamente a la ciencia (y, entre ésta, en particular la ciencia jurídica), mientras que el de LEITER tiene una dirección *bottom-up*, de la metodología de las ciencias exitosas a la metaética y a la meta-ciencia.

¹¹ Para un análisis crítico muy interesante de las objeciones de HART a los realistas, véase TARELLO, 1962: 234-238.

¹² Véase, *v. gr.*, GUASTINI, 2004: 58-61.

casi total acerca de la cuestión ¹³— enfatizan la pluralidad de técnicas interpretativas, las cuales permiten a los juristas alcanzar, a partir de las mismas fuentes jurídicas, soluciones normativas distintas y a menudo incompatibles. Dada esta equivocidad producida por los propios medios de interpretación admitidos por el derecho, es fácil para los jueces decidir sobre la base de la reacción que provoca en ellos su valoración axiológica de los hechos y luego encontrar una cobertura jurídica mediante la combinación de las fuentes (consideradas) relevantes y ciertos métodos interpretativos.

8. Lo dicho hasta ahora permite realizar dos observaciones a este punto.

En primer lugar, LEITER ofrece una imagen moderada (a veces, quizás incluso demasiado) del realismo jurídico y de sus tesis sobre la interpretación. En efecto, él sostiene que, en un número no irrelevante de ocasiones, las reglas jurídicas constituyen efectivamente medios de orientación para los jueces y, por ende, medios confiables de predicción de sus decisiones por parte de los juristas: esto se da —por lo menos en el sistema jurídico de Estados Unidos— sobre todo en los casos discutidos ante tribunales de primera instancia, y mucho menos en los casos discutidos ante tribunales de apelación.

En segundo lugar, en contra del realismo jurídico más extremo en cuestión de interpretación y de los partidarios de los *Critical Legal Studies*, LEITER sostiene que no siempre el uso de algunos métodos interpretativos es legítimo o correcto (*NTD*: 116). Sostiene claramente LEITER (*ibid.*): «La asunción es que si los abogados y los tribunales usan un cierto tipo de argumento (una interpretación “estricta” del precedente o una técnica particular de interpretación de la ley), entonces ese tipo de argumento es legítimo en todos los casos. Formulada de esta manera radical, la asunción no puede ser correcta». Evidentemente, LEITER, que parece detectar aquí una falacia de generalización impropia, se está refiriendo, con cierta razón, al sistema norteamericano: sin embargo, el argumento no es universalizable, es decir, no está dicho que en todo sistema jurídico esto sea cierto ¹⁴. Parece, al contrario, que en muchos sistemas el empleo de ciertas técnicas interpretativas en uso en algunos casos puede ser extendido a todos los casos. Si esto es así, esta parte de la concepción de la interpretación propuesta por LEITER estaría destinada a explicar sólo la prác-

¹³ Si se exceptúan las rápidas consideraciones de HART, 1983: 106: «*The clear cases are those in which there is general agreement that they fall within the scope of a rule, and it is tempting to ascribe such agreements simply to the fact that there are necessarily such agreements in the use of the shared conventions of language. But this would be an oversimplification because it does not allow for the special conventions of the legal use of words, which may diverge from their common use, or for the way in which the meaning of words may be clearly controlled by reference to purpose of a statutory enactment which itself may be either explicitly stated or generally agreed. A full exploration of these questions is the subject-matter of the study of the interpretation of statute.*».

¹⁴ Para observaciones críticas, sin duda compartibles, sobre lo que se debería derivar de estas tesis «locales», cfr. NÚÑEZ VAQUERO, 2010: 452-454.

tica interpretativa de un cierto sistema jurídico (el norteamericano), como si fuera un contraejemplo puntual a las tesis generales de HART y de sus epígonos acerca de la interpretación jurídica, pero no pretendería proporcionar una teoría general de la adjudicación. Tendría, por así decirlo, un carácter eminentemente etnográfico. Y esto está bastante de acuerdo con la idea de que una ciencia del derecho principalmente socioempírica deba dedicarse al análisis de los vínculos entre las situaciones fácticas y los patrones de las decisiones judiciales de ciertos jueces o tribunales.

9. El argumento de la derivación de la legitimidad de los argumentos interpretativos de su uso por parte de los juristas es útil también para analizar la respuesta que LEITER ofrece a una consideración avanzada por SHAPIRO sobre la regla de reconocimiento que *debería ser* postulada por los realistas si quisieran ser coherentes con sus presuposiciones básicas (NTD: 120). Lo que la observación afirma es que la regla de reconocimiento de los realistas jurídicos *no puede ser* la misma que aquella de los positivistas normativistas (*i. e.*, aquellos positivistas que creen que las reglas orientan a los jueces virtualmente en todos los casos), ya que la regla de reconocimiento es una regla social, inferida de los discursos, comportamientos y actitudes de los jueces: y la práctica social que sustenta ambas reglas es diferente. En consecuencia, la regla de reconocimiento del positivismo normativista identifica normas dotadas de pedigrí (*i. e.*, las normas *válidas* o, por lo menos, *jurídicamente existentes*); en cambio, la regla de reconocimiento realista identifica las normas, no necesariamente dotadas de pedigrí, sobre la base de las cuales han sido tomadas las decisiones (*i. e.*, las normas *eficaces*). La respuesta de LEITER es que esta diferencia es sólo aparente: en primer lugar, está el argumento empírico según el cual, en la mayoría de los casos judiciales de primera instancia, las reglas orientan las decisiones que toman los jueces. En segundo lugar, está el otro argumento, de corte conceptual, según el cual «las reglas [...] no justifican un *único* resultado, pero sí determinan un abanico de *posibles* resultados» (NTD: 121). De ahí que para los realistas, las reglas identificadas mediante la regla de reconocimiento orienten en alguna medida la decisión de los jueces (incluso los de de apelación), en tanto estas reglas primarias limitan el conjunto de decisiones aceptables por parte de la cultura jurídica de referencia (*ibid.*).

Aunque LEITER no use esta terminología, se puede quizás reformular fielmente su tesis en los siguientes términos, más familiares al lector de cultura jurídica romanística: la regla de reconocimiento identifica las fuentes del derecho (NTD: 105-107) más un abanico de sus posibles interpretaciones, propiciadas por el uso de las distintas técnicas interpretativas disponibles en un cierto sistema jurídico. La diferencia con los positivistas normativistas, quienes defienden una correspondencia casi biunívoca entre fuentes y normas, no se ubica entonces en el nivel de la reconstrucción de la regla de recono-

cimiento, sino en el de la teoría de la interpretación de las fuentes que son validadas por ella¹⁵.

10. Esto nos conduce a otro punto de las relaciones entre realismo y positivismo, que se desprende claramente de un ensayo reciente sobre los desacuerdos teóricos en el derecho¹⁶. En los últimos años, ha habido muchas discusiones, sobre todo en la teoría del derecho anglosajón, acerca de la posibilidad de que el positivismo jurídico convencionalista logre explicar el fenómeno de los desacuerdos acerca del derecho: el argumento utilizado por DWORKIN (1986: 4-6) precisamente para descalificar el positivismo hartiano es que, dado que este tipo de positivismo explica el derecho en términos de acuerdo (en algún sentido de este término), no posee los medios teóricos para explicar el fenómeno del desacuerdo masivo acerca de lo que él denomina «bases del derecho» (*grounds of law*)—esto es, fuentes jurídicas latamente entendidas más su interpretación—instanciado por casos judiciales célebres como *Riggs v. Palmer* o *TVA v. Hill*.

El principal argumento de LEITER (2009: 214-215) en contra de DWORKIN es nuevamente empírico: los desacuerdos interpretativos son, al fin y al cabo, marginales en los sistemas jurídicos, o al menos en el sistema jurídico norteamericano; en consecuencia, según LEITER, el positivismo jurídico da sentido a la aplastante mayoría de los casos—de al menos el ordenamiento jurídico de Estados Unidos: lo que permite sin duda refutar la tesis de DWORKIN—. Sin embargo, según LEITER, tampoco es verdad que el positivismo no puede explicar *conceptualmente* los casos (marginales) de desacuerdo. El positivismo jurídico cuenta con dos posibles explicaciones: la tesis de la hipocresía y la tesis del error. Según la primera, al menos una de las partes de un desacuerdo teórico trataría de cambiar, de manera encubierta, el derecho, afirmando que el derecho ofrece una solución unívoca a un cierto caso, sabiendo que no es así. De acuerdo con la segunda, las partes estarían genuinamente convencidas de la existencia de soluciones jurídicas unívocas y alternativas a su caso, sin que se de tal cosa (*ibid.*: 211).

11. De todo lo dicho hasta aquí, parece que, según LEITER, el realismo jurídico consiste en un conjunto de consideraciones teóricas que pueden realizarse frente a determinados fenómenos empíricos vinculados con la toma de decisiones judiciales. Estas consideraciones teóricas deberían ser moldeadas en conjunto con modelos científicos naturalistas, capaces de explicar esa toma de decisiones y de predecir decisiones futuras. Esa visión de las tareas de una teoría de la adjudicación necesita una teoría general del derecho que defienda, a la vez, una forma determinada de convencionalismo acerca de la regla de reconocimiento (por lo menos en relación con la identificación de

¹⁵ Para una teoría normativista e ingenuamente neoformalista (además de pretendidamente hartiana) de la interpretación jurídica, véase MARMOR, 2005.

¹⁶ LEITER, 2010. Sobre las tesis de LEITER acerca de los desacuerdos jurídicos, véase LUQUE SÁNCHEZ, 2010, y RATTI, 2008.

las fuentes del derecho y de las reglas usadas en los juicios de primera instancia) y una lectura fuertemente empirista de la llamada tesis de las fuentes sociales, según la cual es comprobable empíricamente que los juristas tratan, usualmente, como fuentes jurídicamente válidas sólo a los estándares normativos dotados de pedigrí —aunque, obviamente, puedan considerar *aplicables* normas que carezcan de pedigrí, cuando esto esté dispuesto por normas jurídicas válidas—. El realismo jurídico es, entonces, una parte fundamental de una concepción positivista del derecho: en particular, es la mejor explicación disponible de lo que ocurre en aquellos casos (típicamente instanciados por los juicios ante los tribunales de rango más elevado) donde, habiendo diversas soluciones jurídicas para el mismo caso, la decisión final ha de tomarse sobre la base de consideraciones extrajurídicas.

12. En la teoría del derecho analítica «continental», la cuestión acerca del conocimiento del derecho ha sido al centro de la agenda de los problemas filosóficos básicos, desde su fundación originaria bobbiana, en 1950. A partir del ensayo pionero de BOBBIO (1950), efectivamente, la teoría del derecho, bajo el influjo del primer WITTGENSTEIN y de CARNAP, ha sido frecuentemente concebida como un metalenguaje (descriptivo) que tiene como lenguaje objeto los discursos (a menudo prescriptivos) de los juristas.

Junto a esta perspectiva, hay otra —típica, por ejemplo, de Alf Ross (1958)— que *prescribe* a los juristas lo que deberían hacer para realizar una tarea genuinamente científica (en lugar de lo que normalmente hacen, que tiene muy poco de científico): esto es, verificar ciertos hechos relativos a los jueces (su ideología político-jurídica, su ideología moral, sus decisiones pasadas, etc.) y predecir sobre esta base sus decisiones futuras.

Lo interesante de la propuesta de LEITER es que, dicho de algún modo, «combina» estas dos perspectivas: por un lado sostiene, como ROSS, que el conocimiento genuino del derecho tiene que ver con la verificación de ciertos hechos acerca de los jueces y la predicción de sus decisiones futuras¹⁷; y, por otro lado, afirma que ya existe una ciencia de las decisiones jurídicas que puede fungir de lenguaje objeto para una teoría jurídica naturalizada. Igual que ROSS (1958: 40), LEITER quiere realizar una «unificación» de las ciencias: en particular, someter a la ciencia del derecho a los límites epistémicos de las ciencias naturales.

Como conclusión del capítulo 4, LEITER afirma (*NTD*: 187) que los proyectos naturalistas de ciencia jurídica «tratan de comprender las operaciones

¹⁷ Es instructivo observar que ROSS (1958) afirma algo muy similar a lo sugerido por una filosofía naturalista en relación con la verificación de los enunciados sobre normas válidas. Una de las tesis principales del naturalismo, formulada frecuentemente en *NTD*, es que no hay un punto arquimediano de aislación total desde el cual sopalancar nuestra teoría ontológica. Una tesis (y una terminología) similar aparece en ROSS (1958: 36) acerca de la determinación de la validez de las normas jurídicas: «*There is no Archimedes point for the verification, no part of the law which is verified before any other part*».