

¿QUÉ ES UNA TEORÍA REALISTA DEL DERECHO? *

What is a Realist Theory of Law?

Brian LEITER**

Sumario:

I. Introducción II. Realismo y naturalismo III. Una teoría jurídica realista y naturalizada: el realismo jurídico IV. Inspositivismo y realismo jurídico: divergencias V. A modo de conclusión VI. Referencias

Resumen: Una “teoría jurídica realista” tiene dos elementos: “realismo” y “naturalismo”. El realismo, en la tradición asociada a Tucídides, Maquiavelo y Nietzsche, pretende describir cómo son realmente las cosas sin ilusiones románticas o moralizantes; en el caso jurídico, queremos saber cómo son el derecho y las instituciones jurídicas en la realidad, no cómo deseáramos que fueran. Los realistas no suponen que el modo en que las cosas son tenga un “sentido moral” o resulte moralmente defendible. Los naturalistas ofrecen explicaciones de los fenómenos jurídicos que solo invocan entidades o mecanismos que figuran en las ciencias empíricas exitosas; y, sobre todo, los naturalistas no son fisicalistas. El realismo y el naturalismo sobre el derecho, en el sentido anteriormente descrito, nos llevan al positivismo jurídico de Hart sobre la validez jurídica; a la tesis de que el razonamiento jurídico infradetermina la decisión judicial en una serie de casos; al reconocimiento de que el derecho opera principalmente fuera de los tribunales; y al escepticismo sobre las teorías del derecho natural como quimeras ideológicas.

Palabras clave: Realismo, naturalismo, realismo jurídico, indeterminación jurídica, responsabilidad política

Abstract: A “realist theory of law” has two elements: “realism” and “naturalism.” Realism in the tradition associated with Thucydides, Machiavelli, and Nietzsche aims to describe how things really are without romantic or moralizing illusions; in the legal case, we want to know what law and legal institutions are like, not what we might wish them to be. Realists do not suppose that the way things will make “moral sense” or turn out to be morally defensible. Naturalists offer explanations of legal phenomena that only invoke entities and mechanisms that figure in successful

* Traducción de Francisco M. Mora-Sifuentes (Universidad de Guanajuato). Publicado originalmente como: “What is a Realist Theory of Law?”, *Revista Estudios Institucionais*, vol. 6, núm. 1, 2020, pp. 334-345. Se traduce y publica con permiso expreso del autor. Este texto sirvió de base para el III Seminario Internacional de Filosofía Política y Jurídica de la División de Derecho, Política y Gobierno celebrado el 16 de marzo de 2021 en la Universidad de Guanajuato. El coordinador del seminario y traductor del artículo agradece las atenciones brindadas por el Prof. Brian Leiter.

** Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence y Director del *Center for Law, Philosophy & Human Values*, de la Universidad de Chicago (USA). Estas ideas cristalizaron en el curso de una serie de seminarios sobre la teoría jurídica realista que presenté en la *École des Hautes Études en Sciences Sociales* en París en junio de 2019. Agradezco al Prof. Otto Pfersman su invitación y contribuciones durante los seminarios, así como a sus estudiantes. También fueron de utilidad las discusiones con estudiantes en mi seminario de postgrado sobre temas generales de teoría del derecho en la Universidad de Chicago durante el otoño de 2019. Por último, quiero agradecer a Joshua Fox, estudiante de doctorado en la Universidad de Chicago, su sobresaliente apoyo de investigación. Contacto: bleiter@uchicago.edu

empirical sciences; naturalists, importantly, are not physicalists. Realism and naturalism about law, in the preceding senses, lead us to Hart's positivism about legal validity; the thesis that legal reasoning under-determines judicial decision in some range of cases; the recognition that law operates primarily outside courts; and skepticism about natural law theories as ideological delusions.

Keywords: *Realism, Naturalism, Legal Realism, Legal Indeterminacy, Political Responsibility*

I. Introducción

Este trabajo ofrece una propuesta programática para una teoría realista del derecho. Aunque me he visto influido por (y he escrito sobre) la obra de anteriores realistas jurídicos estadounidenses, escandinavos, italianos y varios más, éste no es un escrito sobre lo que han pensado otras personas. Siendo más preciso, se trata de un ensayo sobre lo que considero *realismo sobre el derecho* para referirme a cuáles son sus compromisos teóricos. Con todo, utilizaré a otros realistas en algunas ocasiones para ilustrar sus posturas distintivas sobre una teoría jurídica realista, pero dejaré claro en qué punto me distancio de ellos.

Una teoría realista del derecho presupone tanto una perspectiva “realista” como una “naturalizada” a propósito del derecho. Permítaseme explicar cómo entiendo ambas perspectivas.

II. Realismo y naturalismo

“Realismo” describe una perspectiva teórica que ya no está de moda en las universidades, y también una perspectiva que no tiene nada que ver con la doctrina metafísica descrita por la misma palabra. Los realistas, en este último sentido, se preocupan solo por el estatus independiente-del-sujeto [*mind-independent*] de cierta clase de entidades (por ejemplo, los valores). Por el contrario, el “realismo” en el sentido aquí en cuestión, no se pronuncia sobre cuestiones metafísicas, esto es, no se pronuncia sobre la pregunta escolástica, como Marx la denominó, sobre “la realidad o no realidad del pensamiento”.

El realismo, en el sentido que le da la teoría del derecho, refleja una tradición intelectual muy diferente, que suele asociarse con Tucídides, Maquiavelo y Nietzsche, entre otros¹. Hay dos componentes clave del realismo en este sentido. En primer lugar, los realistas buscan describir cómo son las cosas *realmente* sin ilusiones románticas o moralizadoras. Queremos saber cómo son el derecho y las instituciones jurídicas *en la realidad*, no cómo deseáramos que fueran. Los realistas tampoco suponen que la forma en que son las cosas tenga un “sentido moral” o resulte moralmente defendible: puede ser el caso (y a menudo lo es) que el derecho y sus aplicaciones sean moralmente objetables o algo peor. Los realistas pueden tener pretensiones normativas, ciertamente, pero no las incorporan a la descripción de su objeto (en contraste, por ejemplo, con la

¹ Véase, por ejemplo, LEITER, Brian, “Praise of Realism (and Against Nonsense Jurisprudence)”, *Georgetown Law Journal*, vol. 100, 2012, pp. 865-893.

teoría jurídica de Ronald Dworkin, que incorpora la obligación moral de obedecer al derecho a su aproximación a la naturaleza del derecho). En primer término, necesitamos entender *lo que realmente ocurre*: por ejemplo, cuáles son las motivaciones reales de las personas, qué están haciendo realmente (con independencia de lo que dicen estar haciendo). Tucídides y Maquiavelo son los pilares de la tradición realista del pensamiento político. No prestaron atención a las adulaciones o pontificaciones de los líderes de las ciudades-estado griegas o italianas, sino que nos enseñan a entender que en realidad todos están empeñados en el poder, la gloria y la supervivencia. Tucídides expone estos hechos ante el lector y deja que sea este el que saque la conclusión: el ansia desenfrenada de poder y de gloria llevó a la ruina a Atenas. Maquiavelo se dirige a quienes gobiernan hoy en día diciéndoles lo que deben hacer para aferrarse a su poder. Realistas como Tucídides y Maquiavelo nos dicen cómo funciona realmente la política, en la Antigua Grecia en la Italia del Renacimiento, y al hacerlo retienen el juicio moral, incluso si, como en el caso de Tucídides, hay moralejas que se pueden extraer de la historia contada.

Dado que el realismo significa comprender *la realidad*, los realistas son necesariamente “naturalistas” en el siguiente preciso sentido: al describir y explicar lo que realmente sucede, solo se basan en aquellos mecanismos y entidades que son explicativamente fructíferos en las ciencias empíricas exitosas (esas ciencias son nuestra única guía confiable de lo que es real). El naturalismo es el segundo compromiso crucial de la teoría jurídica realista. De los realistas jurídicos históricos, los escandinavos fueron los más explícitos sobre su compromiso con el naturalismo, mientras que los italianos y los estadounidenses, de diferentes maneras, presuponen una visión naturalista (aunque, filosóficamente, los estadounidenses fueron poco sofisticados). En la medida en que solo lo que es explicable desde el punto de vista naturalista puede ser real, el naturalismo debe ser el centro de la visión realista del mundo.

En este contexto, es crucial comprender lo que el naturalismo significa y lo que no. Quine, el naturalista filosófico más importante del siglo XX, irónicamente, fue en ocasiones un muy mal “quineano” en muchos aspectos. El compromiso central del naturalismo, como incluso el propio Quine lo profesó, es el *a posteriori*: todo lo que funciona en las ciencias exitosas es admisible en una ontología naturalista. No obstante, Quine siguió comprometido² con dos programas de investigación científica que fracasaron: el fisicalismo (la idea de que todo lo real debe ser reducible a la física) y el conductivismo en psicología. Como señaló otro filósofo post-quineano, Jerry Fodor³, en la década de 1970, la reducción a la física no ha marcado el último medio siglo de investigación científica; en su lugar, hubo una proliferación de ciencias especiales —notablemente, de las ciencias biológicas y cognitivas— que proceden sin pretensión alguna de ser reducibles a la física. Cómo ha observado otro importante filósofo post-quineano, Tyler Burge:

² En uno de sus últimos trabajos (*Pursuit of Truth*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1990, pp. 70-73), Quine profesa el monismo anómalo de Davidson, aunque por razones que parecen difíciles de conciliarse con sus demás compromisos.

³ FODOR, Jerry, *The Language of Thought*, New York, Thomas Y. Crowell Co., 1975, pp. 9-26.

Los promotores de proyectos “naturalizadores” (i.e. fisicalistas reduccionistas) a menudo están motivados por conceptualizaciones erróneas de la ciencia. Esas conceptualizaciones erróneas engendran concepciones erróneas de la mente. La noción de representación —de referencia o atribución que puede ser correcta o incorrecta y que ayuda a tipificar las clases de estados psicológicos— está arraigado no sólo en la explicación de sentido común sino en la explicación científica en la psicología. No hay nada antinatural o sobrenatural en esa explicación. Parte de la psicología relevante está bien respaldada, es matemáticamente rigurosa, es ciencia dura. No hay ninguna base, ni siquiera *prima facie*, para la preocupación de que las nociones psicológicas sean invitaciones al misterio o al milagro. Incluso si existiera tal base, el papel que juegan estas nociones en la poderosa ciencia empírica la socavaría... no conozco ningún fundamento válido para pensar que... las afirmaciones explicaciones (de los psicólogos) deben retorcerse en el molde de la biología o explicación de la teoría de la información, o cualquier otra explicación en las ciencias naturales, con el fin de tener éxito explicativo⁴.

Para los naturalistas, la fecundidad explicativa y predictiva es lo distintivo de lo real y cognoscible, no alguna asunción *a priori* o empíricamente inmotivada de que todo debe ser reducible a la física. El propio Quine fue “oficialmente” un resuelto naturalista metodológico en este sentido —incluso permitía que echásemos por la borda el “empirismo” (la visión de que todo conocimiento deriva de la experiencia sensorial) si la telepatía resultase funcionar⁵—; pero en la práctica seguía casado con la ciencia que fracasó a mediados del siglo pasado. Eso explica también su conductismo en psicología, mucho después del colapso de ese programa de investigación, que comenzó con la famosa crítica de Noam Chomsky⁶ a B.F. Skinner y, que concluyó con el florecimiento de las ciencias cognitivas que Fodor destacó y a las que él mismo contribuyó.

En resumen, el naturalismo no está comprometido con el fisicalismo, con la visión de que únicamente los eventos y propiedades físicas son reales. Los naturalistas toman las ciencias empíricas exitosas como una restricción a su ontología y, contra el conductismo, ahora sabemos que los hechos mentales o psicológicos no reducidos son fundamentales para la comprensión científica de los fenómenos humanos. Pero un resultado igualmente importante para el naturalismo, tal y como lo entiendo aquí, es que descarta la apelación a todos los hechos evaluativos o normativos, que no desempeñan papel alguno en ningún paradigma explicativo exitoso de cualquier disciplina⁷. El antirrealismo sobre la moral en particular —no hay hechos independientes de la actitud o de la mente sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto— es fundamental para el naturalismo: las actitudes psicológicas hacia el valor (por ejemplo, las creencias o las respuestas afectivas) son a menudo cruciales para explicar el comportamiento humano, pero no necesitamos plantear la existencia de ningún hecho independiente de la mente (y, por tanto, objetivo)

⁴ BURGE, Tyler, *Origins of Objectivity*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 296-297.

⁵ QUINE, W.V.O., *Pursuit of Truth*, cit., pp. 20-21.

⁶ Véase CHOMSKY, Noam, “Review of Skinner’s Verbal Behavior”, *Language*, vol. 35, 1959, pp. 26-58.

⁷ Véase LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, capítulos 1, 2 y 4.

sobre los valores morales. Este es el tipo de antirrealismo sobre la moral que actualmente es controvertido entre los filósofos burgueses de las universidades anglófonas, que pasan demasiado tiempo hablando con los miembros moralizantes de su clase y, por tanto, sufren de “polarización de grupo”, como lo llaman los psicólogos sociales⁸, pero tiene el peso de la historia intelectual a su favor: desde Nietzsche, la mayor parte de la modernidad ha rechazado tanto a Dios como a una moral objetivamente verdadera. La ausencia de hechos objetivos sobre el valor moral es fatal para los puntos de vista de Dworkin y los iusnaturalistas católicos, entre otros, pero no me detendré en eso aquí. No forman parte de la modernidad, y seguramente sería mejor que los pasáramos por alto en silencio.

En el sentido anterior, el realismo jurídico es “realista” y “naturalista” respecto del fenómeno social que conocemos como “derecho”. Pero, así entendido, ¿qué es lo que los realistas jurídicos nos revelan sobre el derecho?

III. Una teoría jurídica realista y naturalizada: el realismo jurídico

Para comenzar, los realistas jurídicos reconocen que en cualquier sistema jurídico que funcione, el derecho opera principalmente fuera de los tribunales. Este fue un argumento central de la teoría del derecho de H.L.A. Hart: las normas legales válidas guían cómo la gente común compra casas, hace testamento, firma contratos, elude impuestos o estructura muchos otros aspectos de sus vidas. La *decisión judicial* es un fenómeno marginal en un sistema jurídico funcional: la mayoría de los individuos se asesoran con abogados para lograr ciertos objetivos, no para terminar en los tribunales. Las teorías del derecho que organizan sus pretensiones sobre la naturaleza del derecho —nuevamente, la infame doctrina de Dworkin— en torno a lo que ocurre en los tribunales son profundamente irreales⁹.

Ahora bien, el derecho fuera de los tribunales aparece de dos maneras: lo que dicen los “códigos”, y lo que los operadores jurídicos u otros actores “realmente hacen”. “*Law in the books*” y “*Law in action*” es la forma en que los realistas jurídicos marcan a menudo ese contraste, y la diferencia es importante: las normas de conducta pueden ser jurídicamente válidas, como Hart demostró, pero ignoradas en la práctica. Los límites de velocidad fijados en las carreteras son el ejemplo más conocido en muchas jurisdicciones:

⁸ Véase, por ejemplo, MYERS, D., “Discussion-Induced Attitude Polarization”, *Human Relations*, vol. 28, núm. 8, 1975, pp. 699-715; LORD, C.G., ROSS, L. & LEEPER, M.R., “Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 37, núm. 11, 1979, pp. 2098-2109; ZUBER, J., CROTT, H., & WERNER, J., “Choice Shift and Group Polarization: An Analysis of the Status of Arguments and Social Decision Schemes”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 62, 1992, p. 50-61; o SUNSTEIN, C., “The Law of Group Polarization”. *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 2, 2002, pp. 175-195.

⁹ La mayoría de quienes se autoidentifican como realistas jurídicos, incluidos los estadounidenses e italianos, se centran sobre todo en la decisión judicial; pero toda vez que no suelen equiparar lo que sucede en los tribunales con una teoría sobre la naturaleza del Derecho, no cometen el error de Dworkin.

claramente es ilegal conducir por encima de un determinado límite de velocidad y, sin embargo, es habitual que los conductores reconozcan que nadie será sancionado realmente a menos que ese límite sea superado con creces. En cualquier sistema jurídico que haya existido realmente, siempre hay una brecha entre las normas jurídicamente válidas y las normas que realmente se aplican: llamémosle a este fenómeno *realismo sobre la aplicación*.

La brecha no es solo entre la aplicación de la regla “en los códigos” y la aplicación de una norma distinta (como en el caso del límite de velocidad), sino también entre la forma en que las normas “en acción” se aplican a distintas partes: aquí los hechos sobre la clase económica, el poder político, la identidad étnica o racial, así como otras características demográficas o sociales figuran en la forma en que se aplican las propias normas jurídicas (esto es quizás más notorio en el ámbito de cómo la policía interactúa con los ciudadanos, pero se extiende mucho más allá de ese ámbito). Una teoría realista debe captar también este segundo tipo de brecha —llámese a esto *realismo sobre las prácticas de aplicación*— entre el “derecho en los códigos” y el “derecho en acción”. El realismo sobre la aplicación del derecho llama la atención sobre el modo en que las normas jurídicas válidas se aplican o no en la vida real; el realismo sobre las prácticas de aplicación del derecho acepta que las normas jurídicas válidas se aplican en la vida real, pero señala cómo funciona realmente esa aplicación.

Cuando llegamos a aquellos asuntos que se plantean en los tribunales, los realistas jurídicos hacen hincapié en la inevitable indeterminación de lo que denominamos “razonamiento jurídico”, al menos en alguna serie de casos (qué serie de casos sean variará según la jurisdicción, por razones que se harán evidentes). Se supone que el “razonamiento jurídico” es el “método” por el que los tribunales llegan a una sentencia basada en los hechos del caso y en las normas jurídicas válidas pertinentes. En realidad, en todas las jurisdicciones conocidas, el “razonamiento jurídico” puede circunscribir el resultado al que un tribunal puede llegar legítimamente, pero a menudo da al tribunal libertad de elegir el resultado en particular. Siendo más preciso: la versión más plausible de la tesis de la indeterminación sobre el derecho¹⁰ es que *la clase de razones jurídicas* —esto es, las razones que pueden justificar adecuadamente una decisión judicial— *subdeterminan* la decisión que debe tomar un juez; las razones jurídicas limitan los posibles resultados del caso, pero el juez dispone de argumentos jurídicos igualmente legítimos para más de una decisión, incluso dentro del campo circunscrito de las decisiones posibles. La tarea de una teoría realista de la adjudicación es tanto explicar por qué el razonamiento es indeterminado como identificar qué influye en los jueces al elegir la decisión concreta que toman, dentro del ámbito de las que jurídicamente están disponibles.

Existen varias fuentes posibles de indeterminación jurídica. H.L.A. Hart enfatizaba la “textura abierta” de los lenguajes naturales¹¹, mientras que los realistas jurídicos americanos e italianos han hecho hincapié en la laxitud o libertad interpretativa de la que

¹⁰ Véase LEITER, Brian, *op. cit.*, pp. 9-12.

¹¹ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 124-136.

gozan los jueces al momento de reconstruir las normas positivas y los precedentes¹². La idea de que los jueces tienen laxitud interpretativa es una afirmación sobre los movimientos interpretativos legítimos que un juez puede realizar al enfrentarse a fuentes jurídicas, ya sean legislativas, constitucionales o judiciales. La noción de “legitimidad” aquí en cuestión es una completamente naturalizada, y debe entenderse en términos de hechos psicosociales sobre los actores jurídicos: las diferentes interpretaciones son “legítimas” en la medida en que son aceptadas de hecho por otros actores jurídicos, especialmente por otros jueces, como interpretaciones aceptables. A esto se le llama a menudo una “concepción sociológica” de la legitimidad —la marca de la “legitimidad” es la aceptación social por parte de otros— en contraste con la “concepción filosófica” que pregunta si las interpretaciones están realmente justificadas haciendo referencia a un estándar normativo. El hecho de que los realistas se apoyen en una concepción sociológica de la legitimidad significa, por supuesto, que el grado de indeterminación variará dependiendo de los hechos sobre las actitudes y prácticas de los funcionarios en diferentes jurisdicciones. Así es como debe ser: el alcance de la indeterminación del razonamiento jurídico variará según la jurisdicción, aunque todas las jurisdicciones presenten indeterminación en algún grado. El hecho de que la concepción sea sociológica explica también por qué, por ejemplo, los realistas estadounidenses pueden afirmar que la indeterminación principalmente es un problema en las diversas etapas de la revisión de apelaciones: se trata de una afirmación empírica sobre la laxitud interpretativa que tienen los funcionarios en este tipo de casos, y es compatible, por supuesto, con que el razonamiento jurídico sea determinado y los resultados judiciales sean predecibles en otras partes del sistema jurídico¹³.

Una teoría realista del derecho necesariamente es una teoría positivista, y una teoría positivista necesariamente es una teoría realista¹⁴. Esto no es verdad, ciertamente, para todas las teorías que se dicen “positivistas”, pero es cierto para la teoría más importante, la de H.L.A. Hart (a pesar de sus confusiones sobre el realismo americano o escandinavo, tal y como escribí en otra parte¹⁵). Pero Hart es realista en la medida en que reconoce que (i) el derecho opera principalmente fuera de los tribunales; y que dentro de los tribunales, (ii) algunas decisiones son jurídicamente indeterminadas; (iii) que la naturaleza del derecho se puede explicar de forma naturalista en términos de hechos psicosociales sobre los comportamientos y actitudes humanas, en general, y los de los funcionarios, en particular; (iv) que el derecho no es necesariamente algo bueno, que tiene costos; o (v) que la pregunta de si el derecho genera obligaciones morales de cumplimiento está siempre abierta. El error de Hart respecto a los realistas jurídicos fue considerar que tanto los estadounidenses como los escandinavos estaban respondiendo a sus preguntas, en lugar

¹² Véase, por ejemplo, LEITER, Brian, *op. cit.*, pp. 73-78; o GUASTINI, Riccardo, “Rule-Scepticism Restated”, en L. Green y B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹³ Estoy en deuda con Leslie Green quien me ha insistido sobre este punto.

¹⁴ Sobre este punto, remito a mis trabajos: “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”, en P. Mindus y T. Spaak, (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; así como a: *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 58-80.

¹⁵ LEITER, Brian, *op. cit.*, pp. 17-18.

de responder a las propias. En ambos casos, entendió erróneamente que ofrecían un análisis del concepto de derecho, entendido como aquel concepto implícito en el lenguaje ordinario, que capta las características del derecho inteligibles para una persona ordinaria familiarizada con un sistema jurídico nacional moderno. Pero los realistas norteamericanos no tenían interés en un proyecto de análisis conceptual¹⁶, ni siquiera lo comprendían, y de hecho presuponían en sus argumentos sobre la indeterminación del razonamiento jurídico una concepción positivista de la validez del derecho¹⁷. El realista escandinavo Alf Ross —el único con el que Hart se relacionó— también fue muy claro que su proyecto no era un análisis conceptual del lenguaje ordinario, sino más bien un esfuerzo por explicar cómo los conceptos jurídicos fundamentales como “obligación”, “deber” y “derecho” podían ubicarse dentro de una cosmovisión naturalista bastante austera¹⁸. Ross reconoció explícitamente que este análisis no podía hacer justicia al concepto de derecho desplegado por una persona conocedora del sistema jurídico¹⁹. La equivocada, aunque influyente, polémica de Hart con el realismo jurídico ha oscurecido la conexión esencial entre las visiones positivistas y realistas sobre el derecho.

La conexión es particularmente clara en el caso de la tesis de la indeterminación realista. Cualquier tesis en el sentido de que las razones jurídicas no justifican una única decisión en algún rango de casos presupone que conocemos la diferencia entre razones “jurídicas” y “no jurídicas”, incluyendo normas “jurídicas” y “no jurídicas”. Positivistas y antipositivistas trazarán la línea en lugares diferentes, y la forma en que la tracen tiene que ver con la tesis de la indeterminación. Si un realista dice que la decisión del juez reflejó su juicio moral sobre el fondo del caso, y si las consideraciones morales en las que se basó el juez, de hecho, solo justifican una decisión (la que el juez tomó), eso solo muestra que el razonamiento jurídico es indeterminado si, de hecho, esas consideraciones morales no eran “parte del derecho” o “jurídicamente vinculantes”. El positivismo “duro”²⁰ sobre el derecho y la validez jurídica puede explicar esto fácilmente: las normas morales no se aceptan como criterios de validez jurídica desde un “punto de vista interno” —es decir, no se invocan como justificación de una decisión, ni se critican sus desviaciones por referencia a esas normas— y, por tanto, no forman parte de la regla de reconocimiento²¹. Que el positivismo sea necesario para que los argumentos realistas a favor de la indeterminación funcionen no demuestra, por supuesto, que el positivismo sea correcto. Sin embargo, el positivismo se reivindica por motivos naturalistas y explicativos, precisamente las mismas consideraciones que recomiendan el realismo: es decir, una teoría positivista del

¹⁶ Una excepción fue Félix Cohen, quien no aparece citado en ninguna parte por Hart.

¹⁷ LEITER, Brian, *op. cit.*, pp. 59-80.

¹⁸ Nuevamente remito a mi trabajo: “Legal Positivism as a Realist Theory of Law” cit.

¹⁹ Véase HOLTERMANN, J., “Naturalizing Alf Ross’s Legal Positivism: A Philosophical Reconstruction”, *Revs*, vol. 24, 2014, pp. 165-186.

²⁰ Con “positivismo duro” quiero referir el punto de vista según el cual los criterios de validez jurídica no incluyen criterios morales.

²¹ Incluso las versiones del positivismo “blando” son compatibles con esta conclusión, dado que los realistas jurídicos suelen apuntar a normas no jurídicas que influyen en la decisión y que no son normas que los jueces reconocen o reconocerían como decisivas.

derecho figura en las explicaciones más fructíferas desde el punto de vista explicativo de los fenómenos jurídicos, como las decisiones judiciales²².

Ya he mencionado que una teoría realista del derecho, por ser también una teoría naturalizada, evita la referencia a valores morales objetivos. Hart también es aquí un realista modélico sobre el derecho²³: no es simplemente que la existencia del derecho en alguna sociedad sea, desde su punto de vista, un complicado hecho empírico, no moral (un hecho psicosocial sobre las prácticas de los funcionarios al decidir cuestiones de validez jurídica, y sobre la obediencia de los ciudadanos a las normas jurídicamente válidas); es que, además, hace un tratamiento correcto de conceptos morales y normativos, tales como “obligación”, en términos completamente conductuales, esto es, lo que la gente está dispuesta a decir y a hacer, en lugar de cualquier contenido cognitivo (es decir, referencial) que puedan tener esos términos. Así, por ejemplo, Hart dice que “se concibe y se habla de las reglas como si impusieran obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre los que se desvían o amenazan con hacerlo es grande... [La] insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el principal factor que determina si son concebidas como dando origen a obligaciones”²⁴. Este es el razonable intento de Hart de naturalizar el discurso normativo en términos de cosas existentes, a saber, el comportamiento observable (incluido el comportamiento verbal) de las personas. Alf Ross siguió una estrategia relacionada pero diferente, es decir, la de traducir el discurso normativo en un discurso sobre predicciones de comportamiento para preservar el contenido aparentemente cognitivo de las afirmaciones jurídicas. Pero ambos teóricos comparten el mismo impulso naturalismo: purgar su teoría del derecho de la referencia a hechos normativos²⁵.

²² Véase de nuevo LEITER, Brian, “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”, cit.; LEITER, Brian, “Explaining Theoretical Disagreement”, *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, pp. 1215-1250; y LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 121-136.

²³ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., pp. 116-117.

²⁴ *Ibidem*, pp. 86-87.

²⁵ De las muchas afirmaciones dudosas de Scott Shapiro en su libro *Legality* (Cambridge, MA., Harvard University Press, 2011), la que sorprende más está relacionada con el tema señalado en el texto. Shapiro afirma que Hart cree que “las reglas no son más que prácticas sociales” (p. 95), pero objeta que “las reglas sociales no pueden reconducirse a prácticas sociales porque las reglas prácticas pertenecen a diferentes categorías metafísicas. Las reglas son objetos abstractos... Las prácticas, en cambio, son *eventos concretos*. Tienen lugar dentro del mundo natural e interactúan causalmente con otros eventos metafísicos” (p. 103). Shapiro considera que esto es un “error categorial” por parte de Hart, y utiliza ese supuesto error para motivar el barroco aparato de su teoría alternativa. John Gardner y Timothy Macklem (“Review of *Legality* by Scott Shapiro”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011) en su devastadora crítica del libro, destacan una posible respuesta: Hart no “identifica la práctica exactamente con la regla. Él identifica el contenido de la práctica, o parte de ella, con el contenido de la regla”, por lo que no hay ningún error categorial en ello. Pero Kevin Toh me ha sugerido lo que creo es una respuesta contundente: Hart sólo ofrece un análisis reductivo y conductual de lo que es “aceptar una regla”, no “una regla”. De hecho, la introducción de reglas sociales en *El concepto de Derecho* comienza con la pregunta: “¿Qué es la aceptación de una regla?” (HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 55), la respuesta es el comportamiento de quienes aceptan la regla, esto es, “la crítica (incluida la autocrática), las demandas de conformidad, y el

IV. Juspositivismo y realismo jurídico: divergencias

Con todo, debe reconocerse que algunos positivistas de la tradición anglófona más reciente han abandonado el realismo y el naturalismo del enfoque hartiano, y entre ellos, el caso de Joseph Raz es el más llamativo. Raz es un realista moral en el sentido metafísico: considera que hay valores morales objetivos²⁶, aunque sus razones para creer que así son las cosas son poco claras. La confianza dogmática en la objetividad del valor se convirtió en una característica de la filosofía de Oxford a partir de 1970, encontrando su más clara articulación teórica décadas después en la obra de Derek Parfit, así como en la de otros defensores del realismo moral del valor explícitamente no-naturalista o de “realismo sobre las razones”²⁷. Al mismo tiempo, Raz sigue comprometido con la tesis positivista de que no puede haber criterios evaluativos o sustantivos de la validez jurídica. Donde el realismo moral de Raz (en sentido metafísico) se pone de manifiesto es en su tesis de que necesariamente el derecho pretende autoridad, aunque en última instancia carezca de una justificación para tal pretensión.

En opinión de Raz, el derecho solo puede pretender autoridad si es posible identificar el contenido de las directivas jurídicas sin hacer referencia a las razones subyacentes (“dependientes”) de esa directiva. Este es un “prerrequisito” para reclamar autoridad porque lo que distingue a una autoridad (práctica), en primer término, es que sus directivas se adelantan a la consideración de las razones subyacentes (incluidas, por ejemplo, las razones morales) de lo que debemos hacer, y al hacerlo, de hecho, es más probable que hagamos lo que realmente debemos hacer²⁸. Para un realista, el problema con el argumento de Raz es que presupone una concepción muy moralizada y poco realista de lo que es que el derecho reclame “autoridad”. Raz entiende la autoridad en términos de lo que él denomina “la concepción de servicio”, en el que la pretensión de autoridad es una pretensión para proporcionar a un sujeto mejores “razones”, de conformidad con lo que él llama “recta razón”, a las que el propio sujeto arribaría sin la intermediación de la autoridad²⁹. (Podemos entender, a efectos de este artículo, la “recta razón” como lo que uno debe hacer realmente). Este punto de vista presupone, como es obvio, el realismo moral de Raz (y el realismo sobre las razones en general), y que resulta increíble desde el punto de vista jurídico realista, es decir, naturalista. Un realista jurídico

reconocimiento de que tales críticas están justificadas, todo lo cual encuentran sus expresiones características en la terminología normativa de ‘debería’, ‘debe’, ‘tiene que’, ‘correcto’ e ‘incorrecto’ (HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 57).

²⁶ Véase, por ejemplo, RAZ, Joseph, “Notes on Value and Objectivity”, en B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

²⁷ Thomas SCANLON (*Being Realistic about Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2014) es el representante más fuerte de este género, en mi opinión; para algunas dudas sobre esta versión, véase LEITER, Brian, *Moral Psychology with Nietzsche*, Oxford, Oxford University Press, 2019, capítulo 4.

²⁸ Raz ofrece este argumento para demostrar que ningún positivista jurídico debe permitir que pueda haber criterios de validez jurídica basados en el contenido. Estoy de acuerdo con Raz en su conclusión, pero no con las razones por él dadas. Véase, nuevamente, mi trabajo, LEITER, Brian, “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”, cit.

²⁹ Véase RAZ, Joseph, “Authority, Law, and Morality”, *The Monist*, vol. 68, núm. 3, 1985, pp. 295-324.

también puede preguntarse con razón: ¿por qué pensar que cuando el derecho reclama autoridad pretende ayudar a sus destinatarios a hacer lo que realmente deberían hacer? Incluso una mirada superficial a la historia del mundo sugiere que esto es inverosímil: por supuesto que el derecho reclama autoridad en el sentido de reclamar el derecho a decir a los sujetos bajo su jurisdicción lo que deben hacer, pero la idea de que esta pretensión de autoridad es una pretensión de la “concepción de servicio” de Raz parece una ilusión moralizante. Los sistemas jurídicos pueden afirmar a menudo que exigen a las personas que hagan lo que es moralmente correcto, o la voluntad de Dios, o el interés público, o la voluntad del *Führer*, etc., y por tanto pretenden autoridad para el dirigir el comportamiento de sus destinatarios, pero no lo hacen sobre la base de que con ello están prestando un “servicio” al ayudarles a ajustarse a las exigencias de la “recta razón”.

Raz, por supuesto, explícitamente reniega de la aproximación realista de Hart a la teoría del derecho. Contra la pretensión hartiana de una teoría del derecho descriptiva, Raz afirma que existe “una interdependencia entre argumentos conceptuales y normativos”, de tal forma que su teoría “no se ajusta necesariamente a la noción de autoridad en cada detalle. La misma pretende ser una aproximación explicativa al iluminar rasgos importantes de la concepción de autoridad de las personas”³⁰. Ningún teórico piensa que su relato descriptivo se ajusta “a la noción de todo el mundo... en todos los detalles”, así que esto no puede ser sino una falacia del hombre de paja. Pero ¿dónde están las pruebas de que la aproximación de Raz capta, incluso, algunos “rasgos importantes de la concepción de autoridad de las personas” [¿cuáles personas?]? No las hay. Raz simplemente ha introducido subrepticamente una concepción moralizada de la autoridad³¹ —como la prestación de un servicio a sus destinatarios— sin siquiera pretender que satisface las exigencias probatorias, incluso las laxas de una “sociología descriptiva”, como Hart, el realista jurídico, propuso.

V. A modo de conclusión

Hay, finalmente, algunos resultados normativos importantes derivados del realismo sobre el derecho. El primero es que, dado el *realismo sobre la aplicación* y el *realismo sobre las prácticas de aplicación*, nunca es suficiente evaluar un sistema jurídico para saber cuáles son las normas jurídicas válidas; uno debe saber qué normas válidas se aplican realmente y debe saber cómo y contra quién se hacen cumplir. Las normas jurídicas válidas que son justas pueden resultar injustas en cualquier dimensión; y las normas jurídicas injustas pueden llegar a estar en cualquier dimensión. La explicación positivista de la validez jurídica, que es la única explicación seria que tenemos, deja abiertas estas cuestiones evaluativas (y debería hacerlo, ya que solo es una explicación de la validez), y ninguna explicación alternativa de la validez jurídica las resuelve. Aquellos que pretenden hacerlo, como Dworkin o algunos antipositivistas menores, solo sirven como confusiones ideológicas.

³⁰ RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 63-65.

³¹ Moralizada en el sentido de que su principal objetivo es explicar por qué puede justificarse la deferencia a la autoridad por parte de sujetos racionales.

El segundo es que, dado el realismo sobre la decisión judicial, tenemos que repensar el papel de los jueces en el sistema jurídico, especialmente, el de los jueces de apelación. Toda vez que la indeterminación es una característica ineludible del sistema jurídico, los jueces deben ser nombrados teniendo en cuenta ese hecho. Los jueces nunca son meros aplicadores de la ley, sino que siempre hacen más que eso, incluso crean Derecho nuevo, aunque sea de manera intersticial³². Por tanto, la calidad de su juicio moral y político es tan importante como su competencia jurídica. La mentira de que los jueces son simplemente instrumentos de los legisladores es una ilusión ideológica a la que se oponen todos los realistas jurídicos, pues engañan al público en general sobre el papel esencial de los tribunales en la política. Las élites políticas rara vez se dejan engañar en este aspecto, por supuesto, y por eso suelen preocuparse mucho por la composición del poder judicial. Sin embargo, y dado que no se conoce ningún sistema político o económico en el que las preferencias de las élites favorezcan el bienestar de la gran mayoría, el realismo jurídico tiene aquí un importante papel que desempeñar en la promoción de la responsabilidad pública y la rendición de cuentas, quizá incluso, democrática.

VI. Referencias

- BURGE, T., *Origins of Objectivity*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- CHOMSKY, N., “Review of Skinner’s Verbal Behavior”, *Language*, vol. 35, 1959, p. 26-58.
- FODOR, J., *The Language of Thought*, New York, Thomas Y. Crowell Co., 1975.
- GARDNER, J., & MACKLEM, T., “Review of Legality by Scott Shapiro”, *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011, <https://ndpr.nd.edu/news/legality/>
- GUASTINI, R., “Rule-Scepticism Restated”, en L. Green y B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*. 3rd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012 [hay trad. al castellano de la 1^a edición de G.R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012 (reimpresión)].
- HOLTERMANN, J., “Naturalizing Alf Ross’s Legal Positivism: A Philosophical Reconstruction”, *Revus*, vol. 24, 2014, pp. 165-186.
- LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 [hay trad. al castellano de G.B. Ratti, *Naturalismo y teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012].
- _____, “Explaining Theoretical Disagreement”, *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, pp. 1215-1250 [hay trad. al castellano de P. Luque, “Cómo explicar los desacuerdos entre juristas”, en: P. Luque y G.B. Ratti, *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2012].
- _____, “Praise of Realism (and Against Nonsense Jurisprudence)”, *Georgetown Law Journal*, vol. 100, 2012, pp. 865-893.

³² Véase, por ejemplo, LEITER, Brian, “Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, 2015, pp. 1601-1616 [hay trad. al castellano: “Derecho Constitucional, Juicio Moral y la Suprema Corte como Súper-Legislatura”, en A.M. Verástegui, (ed.), *La Constitución como objeto de interpretación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016].

- _____, “Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, 2015, pp. 1601-1616 [hay trad. al castellano: “Derecho Constitucional, Juicio Moral y la Suprema Corte como Súper-Legislatura”, en: A.M. Verástegui, (ed.), *La Constitución como objeto de interpretación*, México, SCJN, 2016].
- _____, *Moral Psychology with Nietzsche*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- _____, “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”, en P. Mindus y T. Spaak, (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- LORD, C.G., ROSS, L. & LEEPER, M.R., “Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 37, núm. 11, 1979, pp. 2098-2109.
- MYERS, D., “Discussion-Induced Attitude Polarization”, *Human Relations*, vol. 28, núm. 8, 1975, pp. 699-715.
- QUINE, W.V.O., *Pursuit of Truth*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1990 [hay trad. al castellano: *La búsqueda de la verdad*, Barcelona, Crítica, 1997].
- RAZ, J., “Authority, Law, and Morality”, *The Monist*, vol. 68, núm. 3, 1985, pp. 295-324 [hay trad. al castellano de M.L. Melón: “Autoridad, derecho y moral”, en: J. Raz, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001].
- _____, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- _____, “Notes on Value and Objectivity”, en B. Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 [hay trad. al castellano: “Notas acerca del valor y la objetividad”, en B. Leiter (ed.), *Objetividad en el Derecho y en la moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019].
- SCANLON, T.M., *Being Realistic about Reasons*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 2011 [hay trad. al castellano de D. Papayanis y L.R. Ludueña, *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014].
- SUNSTEIN, C.R., “The Law of Group Polarization”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 2, 2002, pp. 175-195 [hay trad. al castellano de J.G. Bertomeu, “La ley de la polarización de grupos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 6, año 2005].
- ZUBER, J., CROTT, H., & WERNER, J., “Choice Shift and Group Polarization: An Analysis of the Status of Arguments and Social Decision Schemes”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 62, 1992, p. 50-61.