

CAPÍTULO 7

REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

Brian LEITER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La indeterminación jurídica*. III. *La Afirmación Central del Realismo Jurídico*. IV. *Las dos ramas del realismo*. V. *¿Teoría del derecho naturalizada?* VI. *¿Cómo deberían los jueces decidir los casos?* VII. *El legado del Realismo Jurídico (1): La educación y la academia jurídica en los Estados Unidos*. VIII. *El legado del Realismo Jurídico (2): la teoría jurídica*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El Realismo Jurídico fue el movimiento de teoría del derecho nativo más importante de los Estados Unidos durante el siglo XX, y ha tenido un impacto profundo no solo en la educación y academia jurídicas, sino también en la reformas al derecho y en la abogacía. Al contrario de su primo escandinavo (ver, REALISMO JURÍDICO EUROPEO), el realismo estadounidense no eran primariamente una extensión al derecho de doctrinas filosóficas substantivas de la semántica y la epistemología. Los realistas eran juristas (y, algunos, científicos sociales), no filósofos, y sus motivaciones fueron, por tanto, diferentes. Como juristas, ellos estaban actuando contra el “formalismo” o la “jurisprudencia mecánica” de sus días. El “formalismo,” en sentido pertinente aquí, sostenía que los jueces decidían los casos basándose en reglas y razones distintivamente *jurídicas*, las cuales justificaban un resultado único en la mayoría de los casos (quizá en todos). Los realistas sostuvieron, por el contrario, que un estudio empírico cuidadoso de la forma como las cortes deciden *en realidad* los casos, revela que ellas no los deciden primariamente con base en el derecho, sino basándose en (dicho en térmi-

* Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence and Director, Center for Law, Philosophy, and Human Values, University of Chicago, Estados Unidos. Apareció originalmente en inglés en Martin P. Golding & William A. Edmundson (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Pub., 2005. (Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora).

nos generales) en su sentido de lo que es “justo” según los hechos del caso. (Refinaremos esta formulación de la “Afirmación Central” del realismo en un momento). Las reglas y las razones jurídicas figuran simplemente como racionalizaciones *post-hoc* para las decisiones alcanzadas en base de consideraciones no jurídicas. Dado que los realistas jurídicos nunca hicieron explícitos sus presupuestos filosóficos acerca de la naturaleza del derecho o su concepción de teoría jurídica, una tarea importante para los realistas jurídicos de hoy es una reconstrucción y defensa de esas tesis, en especial contra las críticas de filósofos jurídicos, notablemente, de H. L. A. Hart.

Pero el realismo también carga las marcas de una cultura intelectual que compartió con su primo escandinavo. Esta cultura –la dominante en el mundo occidental desde la mitad del siglo XIX hasta al menos la mitad del siglo XX– fue profundamente “positivista”, en el sentido en que veía a las ciencias naturales como el paradigma de todo conocimiento genuino, y pensaba que todas las demás disciplinas (desde las ciencias sociales hasta los estudios jurídicos), deberían emular el método de la ciencias naturales. Un elemento clave en lo anterior era el método de la *comprobación empírica*: las hipótesis tienen que ser comprobadas mediante observaciones del mundo. Así, los realistas frecuentemente afirmaban que lo que se expresaba como “derecho” no era, de hecho, “confirmado” por las observaciones de lo que las cortes estaban haciendo en realidad. También fue influyente en algunos realistas el conductismo en psicología –la versión de John Watson, no la versión posterior y mejor conocida de B. F. Skinner– la cual estaba controlada por una concepción “positivista” del conocimiento y el método. Los conductistas renunciaron a hablar de las creencias y deseos de las personas –fenómenos que eran inobservables, y por tanto (o al menos, así pensaban los conductistas), no confirmables empíricamente– en favor de tratar de explicar la conducta humana estrictamente en términos de los estímulos y las respuestas que ellos generan. El objetivo era descubrir leyes que describieran cuales estímulos generan cuales respuestas. Muchos realistas pensaban que una ciencia genuina del derecho debía hacer lo mismo: debía descubrir cuáles “estímulos” (por ejemplo, cuales escenarios reales) producían determinadas “respuestas” (es decir, cuales decisiones judiciales). Este entendimiento de la “ciencia” jurídica tiene su manifestación más vívida en el trabajo de Underhill Moore, a quién nos remitiremos más adelante. Para la mayor parte de los realistas, sin embargo, el compromiso con la “ciencia” y los “métodos científicos” era más una cuestión de metáfora y retórica que de práctica académica real: se puede apreciar, por ejemplo, cuando los

realistas hablaban de “probar” las reglas jurídicas frente a la experiencia para ver si ellas producen los resultados que deberían producir.

El Realismo Jurídico estadounidense reclamó a Oliver Wendell Holmes Jr. como su ancestro intelectual, pero surgió como una fuerza intelectual real en los años veinte en dos escuelas de derecho en el noreste de los Estados Unidos, Columbia y Yale. Karl Llewellyn, Underhill Moore, Walter Wheeler Cook, Herman Oliphant, y Leon Green estaban entre las mayores figuras en el Realismo Jurídico asociado con estas dos escuelas (aunque Green finalmente pasó la mayor parte de su carrera en Northwestern and Texas, mientras que Cook partió pronto de Columbia a Johns Hopkins). No todos los realistas, sin embargo, eran académicos. Jerome Frank —quién ha tenido un impacto desproporcionado en la recepción a largo plazo del realismo— era un abogado con considerable experiencia el litigio, quién (como muchos realistas) más tarde trabajó con la administración “New Deal” del presidente Franklin D. Roosevelt durante los años treinta, y eventualmente sirvió como un juez federal; pero nunca tuvo un nombramiento académico. Entre los teóricos del derecho, los realistas son ciertamente notables por el gran número de ellos que también disfrutaron notables carreras en la práctica del derecho, incluyendo, por ejemplo, William O. Douglas (nombrado como juez a la Suprema Corte de los Estados Unidos por Roosevelt) y Thurman Arnold, fundador de una prominente firma de abogados de Washington D.C. que aún lleva su nombre.

II. LA INDETERMINACIÓN JURÍDICA

Los realistas sostuvieron de forma famosa que el derecho era “indeterminado”. Por esto, ellos querían decir dos cosas: Primero, que el derecho era *racionalmente* indeterminado, en el sentido de que la clase de razones disponibles no *justifican* una única decisión (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de revisión en apelación); pero, segundo, que el derecho también era *causal* o *explicativamente* indeterminado, en el sentido de que las razones jurídicas no son suficientes para explicar por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen. La indeterminación causal *implica* interminación racional bajo el supuesto de que los jueces responden a las razones jurídicas (justificadorias) aplicables. Por supuesto, este supuesto es no trivial, y al menos un realista, Jerome Frank, prestó atención a la indeterminación

que resulta de la incompetencia judicial o la corrupción.¹ Desde el punto de vista de la teoría del derecho, claro está, esta indeterminación es trivial, dado que ningún teórico jurídico, de ninguna escuela, niega que el derecho hace un trabajo pobre en predecir lo que las cortes harán cuando las cortes son ignorantes o indiferentes a las normas!

Los argumentos realistas en favor de la indeterminación racional del derecho generalmente se enfocan en la existencia de cánones incompatibles pero igualmente legítimos para la interpretación de precedentes y estatutos. Llewellyn demostró, por ejemplo, que las cortes han aceptado *al mismo tiempo*, el principio de que interpretación legislativa de que “Un estatuto no puede ir más allá de su texto”, pero también el principio que “Para dar efecto a su propósito un estatuto debe ser implementado más allá de su texto”.² Pero si una corte puede aplicar adecuadamente ambos cánones cuando se encuentra con una cuestión de interpretación legislativa, entonces los “métodos” de razonamiento jurídico justificarían al menos dos interpretaciones diferentes del significado del estatuto. En este caso, la pregunta para los realistas era: ¿por qué razón llega el juez a determinado resultado si las razones jurídicas no le conducen a hacer eso?

Llewellyn ofreció un argumento similar acerca de las formas incompatibles, pero igualmente legítimas, de interpretar los precedentes.³ Según la versión (incautamente) fuerte de Llewellyn del argumento, *cualquier* precedente puede ser leído de forma “estricta” o de forma “amplia”, y ambas lecturas son “aceptadas, legítimas, honorables”.⁴ La interpretación estricta caracteriza la regla del caso como específica a los hechos particulares del mismo; la interpretación amplia abstrae (en varios grados) de los hechos específicos para tratar el caso como si estableciera una norma general. Pero, “si cada precedente no tiene un valor [es decir, no genera una sola regla], sino dos, y... las dos están ampliamente apartadas, y... cualquier valor que una corte posterior le asigne, tal asignación será respetable, tradicionalmente adecuada y dogmáticamente correcta”,⁵ entonces el precedente, como FUENTE DE DERECHO, no puede proporcionar razones para un resultado único, porque más de una regla puede extraerse del mismo precedente.

¹ Frank, Jerome, “Are judges human?” Parts I & II, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, 1931, 17–53, 233–67.

² Llewellyn, Karl, “Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950, p. 401.

³ Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930.

⁴ *Idem*, p. 74.

⁵ *Idem*, p. 67.

Una dificultad con estos argumentos realistas es que ellos confían en una concepción tácita de argumento jurídico *legítimo*. El supuesto es que si los abogados y las cortes emplean algunas formas de argumento —una interpretación “estricta” del precedente, un canon de interpretación legislativa— entonces esta forma de argumento es *legítima* en todos y cada uno de los casos. Dicho con poca precaución, esto no puede ser correcto: no *toda* interpretación estricta del precedente será jurídicamente adecuada en todos los casos. Incluso Llewellyn debió reconocer esto, como lo sigue su famoso —pero claramente jocoso— ejemplo de la lectura “estricta” que establece: “esta regla se aplica sólo para pelirrojos de apellido Walpole que anden en carros Buick magenta pálido.”⁶ Pero esto difícilmente podría ser una interpretación legítima de un precedente, dejando de lado algún escenario bizarro en el cual todos esos hechos resalen ser jurídicamente relevantes, y Llewellyn parecía estar consciente de ello. La afirmación no podría ser, entonces, que *cualquier* interpretación estricta o amplia del precedente es *siempre* válida. Lo único que puede significar es que los jueces y abogados tienen esta latitud interpretativa tan a menudo como para inyectar al derecho un nivel considerable de indeterminación.

Existe una dificultad relacionada, vinculada con otro supuesto implícito del argumento realista. Debe notarse que el argumento realista en favor de la indeterminación del derecho —en realidad, de la indeterminación del derecho y el RAZONAMIENTO JURÍDICO— está basado en realidad en una tesis implícita acerca del *alcance* de la clase de razones jurídicas: es decir, la clase de razones que los jueces pueden adecuadamente invocar en la justificación de una decisión. Los realistas parecen asumir que las fuentes legítimas del derecho se agotan en los estatutos y el precedente, dado que ellos se enfocan, casi exclusivamente, en los métodos incompatibles pero igualmente legítimos de INTERPRETACIÓN de estatutos y precedentes para establecer la indeterminación del derecho. Desafortunadamente, los realistas nunca dieron un argumento para fundamentar este supuesto. Escritores posteriores, como Ronald Dworkin, han argüido que gran parte de la indeterminación del derecho desaparece cuando expandimos nuestra noción de las FUENTES LEGÍTIMAS DEL DERECHO para incluir no sólo a los estatutos y precedentes, sino también principios morales y políticos más amplios (véase, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO). Los realistas jurídicos, consistentes con su cultura intelectual positivista, presumieron que los principios morales eran subjetivos y maleables. Existen ciertamente razones para presumir que los realistas están en lo cierto, y Dworkin equivocado en

⁶ *Ibidem*, p. 72.

este aspecto⁷, pero el tema, desafortunadamente, no fue tratado directamente por los realistas mismos.

Vale la pena resaltar un punto final acerca de la indeterminación realista. Al contrario de los ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS posteriores, los realistas, mayormente, no exageraron el alcance de la indeterminación en el derecho. Los realistas tenían (generalmente) claro que su enfoque era la indeterminación en las revisiones que hacen los jueces en el nivel de apelación, donde se puede esperar un alto nivel de falta de certeza en el derecho. Casos que tienen respuestas jurídicas determinadas son, después de todo, menos probables de ser objeto de litigio en la etapa apelatoria. Así, Llewellyn explícitamente cualificó esta indeterminación al decir que, “[e]n cualquier caso suficientemente dudoso para hacer al litigio una alternativa respetable, las premisas autoritativas disponibles... son al menos dos, y... las dos son mutuamente contradictorias cuando se aplican al caso en cuestión”.⁸ Y Max Radin notó que “las decisiones [judiciales] en consecuencia serán cuestionables primariamente por los que podrían ser llamado casos marginales, en los cuales la prognosis es difícil e incierta. Este es el hecho que hace al cuerpo completo de enunciados jurídicos algo menos estable de lo que realmente es”.⁹

III. LA AFIRMACIÓN CENTRAL DEL REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

Todos los realistas estaban de acuerdo en que el derecho y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de apelación), así que la mejor explicación de por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen debe buscarse por fuera del derecho mismo. En particular, todos los realistas abrazaron lo que puede ser llamarse como la “Afirmación Central” del realismo: al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del

⁷ Cf. Leiter, Brian, “Objectivity, morality, and adjudication”, en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 8) [hay traducción en español en Battista Ratti, Giovanni, “Objetividad, moralidad y adjudicación”, en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012].

⁸ Llewellyn, Karl, “Some realism about realism –responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, p. 1239.

⁹ Radin, Max, “In defense of an unsystematic science of law”, *Yale Law Journal*, vol. 51, 1942, p. 1271.

caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas. Es posible encontrar alguna versión de la Afirmación Central en los escritos de todos los realistas principales.

Oliphant, por ejemplo, nos da una formulación admirablemente sucinta cuando dice que las cortes “responden a los estímulos de los hechos en los casos concretos que deben resolver, en vez de responder a los estímulos de las abstracciones excesivamente generales y obsoletas de los precedentes y tratados”.¹⁰ La afirmación de Oliphant fue confirmada por la confesión del juez Joseph Hutchenson, quien sostuvo que “el impulso motivante principal para la decisión es el sentido intuitivo de lo que es correcto o incorrecto en el caso”.¹¹ De forma similar, Frank citó a “un gran juez estadounidense,” Chancellor Kent, quien admitió que, “Él primero se hacía un ‘maestro de los hechos.’” Entonces (él escribió), “Yo veo donde yace la justicia, y el sentido moral le dicta a la corte la mitad del tiempo; entonces yo me siento a buscar las autoridades... pero yo *casi siempre encuentro principios adecuados a mi interpretación del caso*”.¹² Precisamente, la misma tesis de que lo que los jueces hacen realmente cuando deciden los casos es un supuesto del consejo que Llewellyn da a los abogados en el sentido de que, aunque ellos deben proporcionar a la corte una “escalera técnica” para justificar el resultado, lo que un abogado realmente debe ser es “con base a los hechos... persuadir a la corte de que tu argumento es adecuado”.¹³ De forma similar, Frank cita aprobatoriamente a un presidente de la American Bar Association al efecto de que “la forma de ganar un caso es hacer que el juez quiera decidir en tu favor, y sólo después, citar los precedentes que justificarían tal determinación”.¹⁴

Varios puntos deben notarse acerca de cómo debemos interpretar la Afirmación Central del realismo.

Primero, no es simplemente la tesis trivial de que los jueces deben tomar en cuenta los hechos del caso al momento de decidir la solución del mismo. Más bien, es la tesis mucho más fuerte de que al momento de decir los casos, los jueces están reaccionado a los hechos subyacentes del caso, *sean o no esos hechos jurídicamente relevantes*, es decir, sean o no relevantes en virtud de las reglas jurídicas aplicables. Segundo, la Afirmación Central no es la tesis de

¹⁰ Oliphant, Herman, “A return to stare decisis”, *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928, p. 75.

¹¹ Hutcheson, Joseph, “The judgment intuitive: The function of the ‘hunch’ in judicial decision”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, 1929, p. 285.

¹² Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*. New York, Brentano’s, 1930, p. 104 (nota)

¹³ Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930, p. 76.

¹⁴ *Ibidem*, p. 102.

que las razones y reglas jurídicas *nunca* afecten el curso de la decisión; sino que es la afirmación más débil de que generalmente tienen un efecto poco o nulo, especialmente en la case de casos con los cuales los realistas estaban especialmente ocupados: es decir, aquella clase de casos más difíciles que alcanzan la etapa de la revisión en apelación. Llewellyn es representativo cuando se pregunta, “¿Estoy sugiriendo que... las ‘reglas aceptadas’, las reglas que los jueces dicen que aplican, no tienen ninguna influencia en su conducta real?”, y responde, “No”.¹⁵ La aproximación realista, dice Llewellyn, “admite... alguna relación entre cualquier regla aceptada y la conducta judicial” pero entonces demanda que la averiguación de cuál es la relación requiere investigación empírica, dado que no siempre es la relación sugerida por la “lógica” (o el contenido) de la regla.”¹⁶ Como él mismo plantea este punto en otro lugar: Los realistas niegan que “las formulaciones tradicionales de la regla sean el factor decisivamente operativo que produce que las decisiones de las cortes”.¹⁷ Pero negar sólo esta afirmación es admitir que las reglas juegan algún papel causal en las decisiones.

Tercero, muchos de los realistas defendieron la Afirmación Central con la esperanza de que las reglas jurídicas pudieran ser reformuladas en formas más específicas a los hechos: esto, más que nada, explica el profundo impacto que el realismo tuvo en el derecho estadounidense y la reforma del derecho. Así, por ejemplo, Oliphant habló de un “regreso al *stare decisis*”,¹⁸ la doctrina de que las reglas establecidas en casos anteriores deberían controlar los casos subsecuentes que son similares en una forma relevante. La crítica de Oliphant era que las “reglas jurídicas”, como eran articuladas por las cortes y los académicos, se habían vuelto tan generales y abstractas, que ignoraban los contextos fácticos particulares en los cuales las disputas originales surgieron. El resultado fue que esas reglas en últimas no tenían ningún valor para los jueces en casos posteriores, quienes simplemente “respondían a los estímulos de los hechos en los casos concretos frente a ellos en vez responder a los estímulos de las abstracciones excesivamente generales y obsoletas de los precedentes y tratados [previos]”.¹⁹ Oliphant sostuvo que una doctrina del *stare decisis* verdaderamente significativa podr-

¹⁵ Llewellyn, Karl, “A realistic jurisprudence – the next step”, *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930, p. 444.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Llewellyn, Karl, “Some realism about realism –responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, pp. 1237 (énfasis añadido).

¹⁸ Oliphant, “A return to stare decisis”, *op. cit.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 75.

ía ser restaurada al hacer reglas jurídicas más específicas a los hechos. Así, por ejemplo, en vez de pretender que existe una única regla general acerca de la coercibilidad de los pactos de no concurrencia [*contractual promises not to compete*], Oliphant sugirió que prestemos atención a lo que los jueces hacen en esa área: es decir, los jueces hacen cumplir tales pactos cuando son hechos por el comprador de un negocio al vendedor, pero no los hacen cumplir cuando son hechos por un empleado o próximamente ex empleado a su empleador.²⁰ En el primer escenario, afirmó Oliphant, las cortes estaban haciendo simplemente lo único que tiene sentido económicamente (nadie compraría un negocio, si el vendedor podría simplemente abrir la tienda de nuevo y competir); mientras que en el segundo escenario, las cortes estaban tomando en cuenta las normas prevalentemente informales que regulaban las relaciones laborales del momento, que desaprobaban tales promesas. (El *2nd Restatement of Contracts*, producido por el American Law Institute, posteriormente codificó algo muy cercano a la distinción de Oliphant).*

IV. LAS DOS RAMAS DEL REALISMO

Aunque todos los realistas aceptaron la Afirmación Central, ellos se separaban por la respuesta a la pregunta acerca de qué explicaba por qué los jueces respondían a los hechos subyacentes del caso de la forma como lo hacían. El “Ala Sociológica” del Realismo —representada por escritores como Oliphant, Moore, Llewellyn y Felix Cohen— pensó que las decisiones judiciales caen dentro de patrones *predecibles*, aunque patrones que *no* eran predecibles simplemente mirando a las reglas jurídicas existentes. De este hecho, los realistas infirieron que varias fuerzas “sociales” deben operar sobre los jueces para forzarlos a responder a los hechos en formas similares y predecibles.

El “Ala Idiosincrática” del Realismo, en contraste —ejemplificada de forma más prominente por Frank y el juez Hutcheson— afirmaba que lo que determina la respuesta de los jueces a los hechos de un caso particular son hechos idiosincráticos acerca de la psicología o personalidad del juez

²⁰ *Ibidem*, pp. 159-160.

* *N. de. T.* Los *Restatement of the Law* son una serie de tratados jurídicos que buscan informar a los jueces y abogados sobre los principios generales del common law. Los *Restaments* son elaborados por el American Legal Institute, una suerte de Academia de Jurisprudencia de los Estados Unidos que tiene cuatro mil miembros, entre jueces, abogados y autores extranjeros. El autor se refiere al Segundo *Restatement* del derecho contractual de 1981.

individual. Así, Frank notoriamente afirmó que la “personalidad del juez el hecho central en la administración del derecho.”²¹ (Nótese, sin embargo, que ningún realista nunca afirmó, como la leyenda popular dice, que “lo que el juez comió por desayuno” determina su decisión!) O, como Frank formuló el punto en otro lugar: la “teoría convencional” sostiene que “*Regla más Hechos = Decisión*”, mientras que su propia visión es que “los *Estímulos* que afectan al juez” más “la *Personalidad del juez = Decisión*.”²² Está claro, por supuesto, la inyección de Frank de la “Personalidad del Juez” en la fórmula pone el sello distintivo a la interpretación de Frank de la Afirmación Central: si eliminamos eso nos quedamos con la Afirmación Central misma.

Ahora bien, no obstante la retórica conductista de la anterior definición, Frank estaba, de hecho, influenciado primariamente por el psicoanálisis freudiano, una doctrina anatema de los conductistas, dado que dispensa la prohibición conductista de hacer referencia a lo que va en la “caja negra” de la mente: las creencias y deseos (nada menos que *inconscientes*!) que son el objeto mismo del psicoanálisis. A pesar de estas diferencias, el freudianismo retiene la auto-concepción científica característica del conductismo, y así Frank podría seguir pensando en su aproximación como una contribución a una ciencia del derecho.

Sin embargo, influenciado por la idea de Freud de que la clave de una personalidad yace en las profundidades enterradas del subconsciente, Frank sintió que sería imposible para los observadores de la conducta judicial describir los hechos cruciales acerca de la personalidad que determinarían la respuesta de un juez a los hechos del caso particular. Como resultado, Frank concluyó que la predicción de decisión judicial sería mayormente imposible; el deseo de los jueces y abogados de pensar de otra forma, él sugirió, reflejaba simplemente un deseo infantil por seguridad y certeza.

El escepticismo de Frank sobre nuestra habilidad para predecir como deciden los jueces casos contradice totalmente la experiencia de la mayor parte de los abogados. Aunque el resultado de algunos casos es difícil de pronosticar, la mayor parte del tiempo los abogados son capaces de recomendar a los clientes un resultado probable de las disputas que ellos llevan frente a las cortes: si no fueran capaces de hacerlo, ¡estarían por fuera del negocio! No obstante de que el escepticismo de Frank difícilmente responde con la evidencia práctica, una característica notable de la recepción a

²¹ Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 111.

²² Frank, “Are judges human?”, Part II, *op. cit.*, p. 242.

largo plazo del realismo es que la tesis de Frank es a menudo tomada como la esencia del realismo. Esta “Frank-cificación” del realismo no hace justicia a la mayoría de los realistas quienes sintieron que las decisiones judiciales eran predecibles —porque sus factores determinantes eran fuerzas sociales identificables, no hechos opacos acerca de la personalidad— ni tampoco aquellos realistas que concibieron un régimen jurídico refaccionado que realmente describa y prediga las decisiones judiciales, precisamente porque ellos tendrían en cuenta los contextos fácticos particulares a los cuales las cortes responden en realidad.

Recuérdese el ejemplo de Oliphant sobre las decisiones judiciales incompatibles sobre la validez de los pactos de no concurrencia. Oliphant afirma que de hecho las decisiones reflejaban los hechos subyacentes de los casos:

Todos los casos donde se invalidaron los pactos ocurrieron en casos donde los empleados prometieron no competir con sus empleadores después del fin del empleo. Las regulaciones de los gremios contemporáneas [*i.e.*, regulaciones sindicales] no citadas en los fallos hacían de la decisión una eminentemente adecuada. Todos los casos donde se sostuvo que los pactos eran válidos fueron casos donde la promesa fue hecha por un vendedor de un negocio y prometiendo no competir con el comprador. La realidad económica contemporánea hizo de esos unos fallos eminentemente adecuados.²³

Así, en el primero de los escenarios fácticos, las cortes aplicaron las normas prevalentes (que estaban expresadas en las normas de los gremios que desaprobaban tales promesas); en el segundo caso, las cortes decidieron de forma diferente porque era lo mejor económicamente en *aquellas* circunstancias. Llewellyn proporciona una ilustración similar.²⁴ Una serie de casos de New York aplicaron la regla de que un comprador que rechaza la entrega del objeto mediante una declaración formal de sus objeciones, por ello renuncia a todas las demás objeciones no explícitas. Llewellyn nota que la regla parece haber sido aplicada de forma demasiado fuerte en una serie de casos donde los compradores simplemente no podían haber sabido en el momento del rechazo de otros defectos o donde el vendedor no hubiera podido remediarlo de ninguna otra forma. Un estudio cuidadoso de los hechos de esos casos reveló, sin embargo, que en todos los casos donde la regla parecía duramente aplicada, lo que pasaba en realidad era que el mercado había fallado y el comprador estaba buscando escapar del contrato. Las cortes en todos los casos, siendo “sensible al comercio o la decen-

²³ Oliphant, “A return to stare decisis”, *op. cit.*, pp. 159-60.

²⁴ Llewellyn, Karl, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston, Little, Brown & Co, 1960, pp. 122-124.

cia”,²⁵ aplicaron la regla no relacionada sobre el rechazo para frustrar el intento del comprador para escaparse del contrato. Así, la norma comercial “los compradores deben honrar sus compromisos incluso cuando las condiciones de mercado han cambiado” es aplicada por las cortes a través de una *aparente* aplicación dura de una regla no relacionada que regulaba el rechazo del objeto. Son estos “hechos del trasfondo, esas prácticas mercantiles, las del tipo de situación,”²⁶ las que determinan el curso de la decisión.

Underwill Moore trató de sistematizar esta aproximación en lo que él denominó el “método institucional”.²⁷ La idea era esta: identificar la conducta normal de cualquier “institución” (*e.g.*, un banco comercial); entonces identificar y demarcar cuantitativamente las derivaciones de esta norma, y tratar de identificar el punto en el cual la desviación de la norma *causará* una decisión judicial que corrija tal desviación (*e.g.*, ¿cuán lejos debe apartarse un banco de la práctica normal del cambio de cheques antes de que la corte decida contra el banco en una demanda presentada por un cliente?) El objetivo es obtener una fórmula predictiva: la desviación de grado X del “la conducta institucional (*i.e.*, la conducta que frecuente, repetida y usualmente ocurre)”²⁸ causará la actuación de las cortes. Así, dice Moore, “la semejanza de relación causal entre las decisiones futuras y pasadas es el resultado de la relación entre ambas con una tercera variable, las instituciones relevantes en la localidad de la corte”.²⁹ Dicho de otro modo: lo que las cortes responden es la medida en la cual los hechos muestran una desviación de los hechos prevalentes en la cultura comercial.

La tesis de los realistas del Ala Sociológica como Llewellyn, Oliphant y Moore —que los jueces aplican las normas de la cultura comercial o tratan de hacer lo que es mejor socio-económicamente basándose en los hechos del caso— no debe ser confundida con la idea de que los jueces deciden, por ejemplo, con base en como se sienten acerca de las partes o los abogados del caso. Estas “equidades de chimenea”, como Llewellyn las llamó, ³⁰ pueden algunas veces influenciar a los jueces. Pero lo que de forma más típica determina el curso de la decisión es el “tipo de situación”, es decir, el

²⁵ *Ibidem*, p. 124

²⁶ *Ibidem*, p. 126.

²⁷ Moore, Underhill y Hope, Theodore, “An institutional approach to the law of commercial banking”, *Yale Law Journal*, vol. 38, 1929, pp. 703–19.

²⁸ *Ibidem*, p. 707.

²⁹ Moore, Underhill y Sussman, Gilbert, “Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts – VI. The decisions, the institutions, and the degree of deviation,” *Yale Law Journal*, vol. 40, 1931, p. 1219.

³⁰ Llewellyn, *The Common Law Tradition*, *op. cit.*, p. 121.

patrón general de conducta ejemplificado por los hechos particulares de la transacción en disputa y que constituye la conducta normal o socio-económicamente deseable en el contexto comercial relevante. Sin duda, el punto no es que los jueces usualmente deciden basándose en gustos y aversiones idiosincráticas con respecto a los individuos frente a la corte.³¹ Así, por ejemplo, el innovador libro de texto de responsabilidad extracontractual de Leon Green de 1931³² no fue organizado según las categorías doctrinales tradicionales (*e.g.*, negligencia, daños intencionales, responsabilidad objetiva), sino a través de escenarios fácticos (“tipos de situación”) en los cuales los daños ocurren: *e.g.*, “operaciones quirúrgicas”, “tráfico y transporte” y similares. La premisa de esta aproximación es que no existían reglas generales de la responsabilidad extracontractual *per se*, sino patrones predecibles de decisiones para cada tipo de situación recurrente que las cortes entregan.

Pero, ¿por qué los jueces, con cierto grado de uniformidad predecible, utilizan las normas de la cultura comercial como las aplicables a los hechos subyacentes del caso? Aquí debemos hacer una inferencia de la mejor explicación del fenómeno: deben existir características del perfil “sociológico” (como opuesto al perfil idiosincrático) de los jueces que explican la uniformidad predecible de sus decisiones. Sin embargo, los realistas hicieron sólo un poco más que un esbozo de una explicación psico-social adecuada. “La posición judicial profesional”, sugirió Llewellyn, era “la más importante entre todas las líneas de factor que hacen la predictibilidad” de la decisión;³³ “el *cargo* espera y luego se mueve con el majestuoso poder de modelar al hombre”.³⁴ Haciendo eco a Frank, pero modificándolo, Llewellyn continuó:

El lugar para empezar es el hecho de que los hombres de nuestros estrados de apelación son seres humanos... Y uno de los hechos más obvios y obstinados acerca de los seres humanos es que ellos operan y responden a tradiciones... Las tradiciones los capturan, los modelan, los limitan, los guían.... Para un hombre de sociología o psicología... esto no requiere ningún argumento.³⁵

Radin sugirió que “las transacciones estándares con sus incidentes regulatorios son comunes para él [el juez] por su experiencia como ciudadano y

³¹ Radin, Max, “The theory of judicial decision: Or how judges think”, *American Bar Association Journal*, vol. 11, 1925, p. 357.

³² Green, Leon, *The Judicial Process in Torts Cases*. St. Paul, MN, West Publishing, 1931.

³³ Llewellyn, *The Common Law Tradition*, *op. cit.*, p. 45.

³⁴ *Ibidem*, p. 46.

³⁵ *Ibidem*, p. 53.

abogado”.³⁶ Felix Cohen, en contraste, simplemente lamentó que “en este momento ninguna publicación [existente] muestra el trasfondo y actividades políticas, económicas y profesionales de nuestros jueces”,³⁷ presumiblemente porque tal publicación identificaría los determinantes “sociales” relevantes de decisión. “Una historia realmente realista de la decisión judicial”, dice Cohen, “debe concebir toda decisión como algo más que una expresión de la personalidad individual,... incluso de forma más importante... como un producto de determinantes sociales”,³⁸ una idea que ha sido tomado en años recientes por los científicos políticos que estudian las cortes.³⁹

En resumen, si el Ala Sociológica del realismo –Llewellyn, Moore, Oliphant, Cohen, Radin, entre otros– está lo cierto, entonces las decisiones judiciales se encuentran determinadas causalmente por los hechos relevantes psico-sociales acerca de los jueces, y, al mismo tiempo, las decisiones judiciales caen dentro de patrones predecibles porque esos hechos psico-sociales acerca de los jueces (*e.g.*, sus experiencias de profesionalización, su trasfondo) no son idiosincráticos, sino característicos de porciones relevantes del poder judicial. En vez de transformar la decisión judicial en un misterio, la Afirmación Central de los realistas, en la medida en que es cierta, muestra como y por qué los abogados pueden predecir lo que las cortes harán.

También, como podemos ver ahora, que solamente el Ala Sociológica de los realistas podría conservar la esperanza de crear reglas jurídicas que *realmente* pudieran “guiar” la decisión, o al menos *describir* con exactitud el curso de decisión en realidad tomado por las cortes. Esto es precisamente la razón por la cual Oliphant, por ejemplo, habló de un “regreso” al *stare decisis*: el problema para Oliphant, como para la mayor de los realistas del Ala Sociológica, no era que las reglas no tuvieran sentido, sino que las reglas existentes estaban dirigidas a un nivel de generalidad tal que no tenían ninguna relación con las formas específicas a los hechos en la cuales las cortes decidían los casos en realidad. Donde era imposible formular reglas específicas a la situación, los realistas propugnaban por utilizar reglas generales que reflejaran las normas que los jueces emplean en realidad. Esto

³⁶ Radin, “The theory of judicial decision: Or how judges think”, *op. cit.*, p. 846.

³⁷ Cohen, Felix, “Transcendental nonsense and the functional approach”, *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 809–49.

³⁸ *Ibidem*, p. 843.

³⁹ *Cfr.* Cross, Frank B., “Political science and the new legal realism: A case of unfortunate interdisciplinary ignorance.” *Northwestern University Law Review*, vol. 92, 1997, pp. 251–326.

formó parte central de la aproximación de Llewellyn a la redacción del artículo 2 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos —una tarea que parecería un sinsentido si los realistas no creyeran en reglas jurídicas!— Dado que el Ala Sociológica afirmó que los jueces, en cualquier evento, aplicaban las reglas de la cultura comercial, el Artículo 2 les decía hacer precisamente esto, mediante la imposición de la obligación de “buena fe” en los tratos comerciales.⁴⁰ La “Buena fe” requiere, además de honestidad, “la observación de los estándares comerciales razonables de un trato justo en el intercambio”.⁴¹ Para un juez, entonces, aplicar la regla que requería la “buena fe” es solamente aplicar las reglas de la cultura comercial —lo cuál es precisamente lo que los realistas afirmaban que ellos hacían de todas formas!⁴²

V. ¿TEORÍA DEL DERECHO NATURALIZADA?

Los realistas del Ala Sociológica —quienes fueron, recuérdese, la gran mayoría— pensaron que la tarea de la teoría jurídica era identificar y describir —no justificar— los patrones de decisión; las ciencias sociales eran una herramienta para adelantar esta tarea no-normativa. Mientras que los realistas miraron a la psicología conductista y a la sociología, es fácil comprender que los teóricos del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO contemporáneos (al menos en su aspecto descriptivo o “positivo”) se ven realizando la misma tarea apelando a las explicaciones económicas para los patrones de decisión.

Como resultado de esta orientación realista, existe un sentido en el cual podemos pensar que el tipo de teoría del derecho que los realistas defendieron era una teoría del derecho *naturalizada*, es decir, una teoría del derecho que renuncia al análisis conceptual “de sillón” en favor de una continuidad con la investigación *a posteriori* en las ciencias empíricas.⁴³ Al igual que la

⁴⁰ Uniform Commercial Code, sec. 1-203.

⁴¹ *Ibidem*, sec. 2-103.

⁴² Para una discusión, véase, White, James J., “The influence of American Legal Realism on Article 2 of the Uniform Commercial Code”, en Krawietz, Werner; McCormick, D. Neil, y, von Wright, G.H. (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Berlin, Duncker and Humbolt, 1993.

⁴³ *Cfr.* Leiter, Brian, “Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence”, en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 1) [Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en “Repensando el Realismo Jurídico: hacia una teoría del derecho naturalizada”, en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012]; Leiter, Brian, “Naturalism and naturalized jurisprudence”, en B.

epistemología *naturalizada* –en la famosa formulación de Quine– “simplemente toma lugar como un capítulo de la psicología”,⁴⁴ como una “ciencia puramente descriptiva causal-nomológica de la cognición humana,”⁴⁵ igual la teoría del derecho naturalizada de los realistas es una teoría esencialmente descriptiva de las conexiones causales entre los tipos de situación subyacentes y las decisiones judiciales reales. (De hecho, uno de los mayores realistas, Underhill More, incluso anticipa el slogan quineano: “Este estudio se ubica dentro del ámbito de la teoría del derecho. También se ubica dentro del campo de la psicología conductista. Ubica el ámbito dentro del campo”).⁴⁶ Existen, por supuesto, diferentes concepciones de lo que significa *naturalizar* algún ámbito de la filosofía, y no podemos entrar aquí en los debates sobre sus méritos o deméritos.⁴⁷ Lo que vale la pena enfatizar es que el *método* que los realistas aplican a la teoría jurídica (al menos, a la teoría de la adjudicación) puede, fructíferamente, ser pensado como un método *naturalista*, similar a la propuesta de Quine de naturalizar la teoría del derecho.

Nótese, en particular que tanto Quine como los realistas pueden ser vistos defendiendo la naturalización por razones análogas. En una lectura conocida, Quine defiende el naturalismo como una respuesta al fracaso de los programas fundacionalistas tradicionales en epistemología, desde Descartes a Carnap. Como un comentarista lo describe: “Una vez vemos la esterilidad del programa fundacionalista, vemos que únicamente las preguntas genuinas que vale la pena preguntarse acerca la relación entre teoría y evidencia y acerca de la adquisición de creencias son preguntas psicológicas”.⁴⁸ Es decir, una vez se reconoce nuestra inhabilidad para contar una historia *normativa* acerca de la relación entre evidencia y teoría –una historia acerca de por qué las teorías están *justificadas* con fundamento en la

Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998 (capítulo 4).

⁴⁴ Quine, W. V. O., “Epistemology naturalized”, en W.V. O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays*. New York, Columbia University Press, pp. 1969, p. 82.

⁴⁵ Kim, Jaegwon, “What is ‘naturalized epistemology?’” *Philosophical Perspectives*, vol. 2, 1988, p. 388.

⁴⁶ Moore, Underhill y Callahan, Charles, “Law and learning theory: A study in legal control” *Yale Law Journal*, vol. 53, 1943, pp. 1–36.

⁴⁷ Leiter, “Naturalism and naturalized jurisprudence”, *op. cit.*, y, Leiter, Brian, “Naturalism in legal philosophy” en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2002/entries/lawphil-naturalism/>

⁴⁸ Kornblith, Hilary, “Introduction: What is naturalistic epistemology?” en H. Kornblith (ed.), *Naturalizing Epistemology*, 2nd edn. Cambridge, MA: MIT Press, 1994, p. 4.

evidencia— Quine nos pide que abandonemos el proyecto normativo: “¿Por qué no ver como realmente procede [la] construcción [de teorías fundamentadas en la evidencia]?”⁴⁹

Igualmente, los realistas pueden ser leídos defendiendo una teoría empírica de la adjudicación precisamente porque ellos piensan que el proyecto de la teoría del derecho tradicional de tratar de mostrar que las decisiones pueden ser *justificadas* con fundamento en la reglas y razones jurídicas es un fracaso. Para el realista, recuérdese, el derecho es racionalmente indeterminado, es decir, la clase de razones jurídicas legítimas a las que una corte puede apelar en la justificación de una decisión falla, de hecho, en justificar un *único* resultado en muchos de los casos. Si el derecho fuera determinado, entonces podríamos esperar, a excepción en casos de ineptitud o corrupción, que las reglas y razones jurídicas sean predictores confiables de los resultados judiciales. Pero el derecho es indeterminado en muchos casos, y así en tales casos no existe una historia “fundacional” que contar acerca de la decisión particular de una corte: las razones jurídicas también *justificarían* el resultado contrario. Pero si las reglas y razones jurídicas no pueden *racionalizar* la decisión, entonces tampoco pueden *explicarla*: Debemos, por tanto, buscar a otros factores para explicar por qué las cortes deciden en la forma en que lo hacen. Así, los realistas de hecho dicen: “¿Por qué no ver como realmente procede la construcción de las decisiones?” Los realistas, entonces, claman por una teoría de la adjudicación esencialmente *naturalizada* y por tanto *descriptiva*, una teoría de lo que causa que las cortes decidan en la forma en que lo hacen.

Sin embargo, no debemos exagerar la fuerza de la analogía (aunque ella será útil más adelante en mostrar cuál es el error de los filósofos del derecho posteriores que asimilaron el realismo con el paradigma de la filosofía-como-análisis-conceptual). En primer lugar, no deberíamos pensar que los realistas estaban totalmente comprometidos con doctrinas proto-quineanas. Podemos ver esto en dos lugares. Primero, como veremos pronto, los realistas terminaron presuponiendo una teoría del concepto de VALIDEZ para enmarcar su argumentos a favor de la indeterminación del derecho; por tanto, aunque ellos pudieron creer que la única explicación fructífera de la *adjudicación* es descriptiva y empírica, no normativa y conceptual, ellos mismos necesitaban un concepto de *derecho* que no era en sí mismo empírico o naturalizado. La analogía con la epistemología naturalizada, en otras palabras, debe ser localizada en la teoría de la adjudicación, no en la totalidad de la teoría del derecho.

⁴⁹ Quine, “Epistemology naturalized”, *op. cit.*, p. 75.

Segundo, la cruz de la posición realista (al menos de la mayoría de los realistas) es que las razones no jurídicas (por ejemplo, los juicios de equidad, las consideraciones de normas comerciales, etc.) *explican* las decisiones. Ellas, por supuesto, explican las decisiones al *justificarlas*, aunque no necesariamente justifican un único resultado (es decir, las razones no jurídicas pueden por sí mismas racionalizar otras decisiones también). Ahora bien, claramente la historia descriptiva acerca de las razones no jurídicas no va a hacer parte de la naturalización no-mentalística de la teoría de la adjudicación: una explicación causal de las decisiones en términos de razones (incluso de razones no-jurídicas) no requiere tomar seriamente la fuerza normativa de las razones *qua* razones. El conductismo de Quine o de Underhill Moore no está visible aquí, pero seguramente ello es lo que debe preferirse: el conductismo fracasó como fundamento de las ciencias sociales empíricas, mientras que las teorías socio-científicas empleando categorías mentalísticas han florecido. Además, si las razones no jurídicas son por sí mismas indeterminadas –es decir, si ellas no justifican un *único* resultado– entonces cualquier explicación causal de la decisión tendría que ir más allá de identificar los hechos psico-sociales (por ejemplo, acerca de la personalidad, clase, género, socialización, etc.) que causan la decisión. Tal “naturalización” de la teoría de la adjudicación podría ser insuficientemente austera en su ontología para los escrúpulos quineanos, pero aún así es un intento reconocible de subsumir lo que los jueces hacen dentro de un marco (socio-científico).

VI. ¿CÓMO DEBERÍAN LOS JUECES DECIDIR LOS CASOS?

El naturalismo de los realistas –como está manifiesto en la Afirmación Central y su deseo de alcanzar un entendimiento empírico adecuado de cómo las cortes *realmente* deciden los casos– deja sin responder la pregunta *normativa* que más ha interesado a los juristas en los años recientes: ¿Cómo *deberían* las cortes decidir los casos? Los realistas no hablan unívocamente sobre este asunto, pero emergen dos temas dominantes. Algunos realistas (Holmes, Felix Cohen, Frank desde el estrado) pensaron que los jueces simplemente debería adoptar, abiertamente, un papel legislativo, reconociendo que, dado que el derecho es indeterminado, las cortes deben necesariamente hacer valoraciones sobre cuestiones de política social y económica. Estos realistas –llamémoslos los “proto-posnerianos”, para marcar su anticipa-

ción de una visión familiar en nuestros días⁵⁰ simplemente tendrían cortes para hacer esas valoraciones de forma abierta y cándida. En vez de embarcarse en la fachada del razonamiento jurídico, los jueces deberían abordar directamente las clases de consideraciones políticas y económicas que una legislatura sopesa.

Otra rama prominente del realismo, asociada especialmente con Llewellyn y Frank en sus escritos teóricos, abraza una clase de “quietismo normativo”, de acuerdo con el cual no tiene objeto dar consejo normativo a los jueces, dado que la forma como los jueces deciden los casos (como es reportado en la Afirmación Central) es solo un hecho irremediable acerca de lo que ellos hacen: sería improductivo decirles a los jueces que *deberían* actuar de otra forma. La forma más fuerte de esta doctrina está clara en Frank, quién ve las decisiones basadas en corazonadas como un hecho bruto acerca de la psicología humana: “la psicología nos dice”, él expresa, que “ningún ser humano en su proceso normal de pensamiento llega a decisiones por la ruta de ningún... razonamiento silogístico”.⁵¹ (Ninguna evidencia es citada). De forma similar, Frank dice al respecto de lo que él llama “la justicia del *cadí*” –esencialmente, justicia basada en la predilección personal– que “la verdadera pregunta... no es si deberíamos ‘revertirla’, sino si (a) alguna vez la hemos abandonado y (b) si alguna vez podremos superarla.”⁵² Defender una “reversión a la justicia del *cadí*” –como algunos críticos erróneamente acusan al realismo de hacer– “tiene tan poco sentido como [defender] una ‘reversión a la mortalidad’ o un ‘regreso a la respiración.’”⁵³ Ello porque que “el elemento personal es inevitable en las decisiones judiciales”.⁵⁴

Desafortunadamente, Frank no tenía ninguna evidencia empírica para estos fuertes supuestos sobre las decisiones basadas en corazonadas y el papel del “elemento personal”. De hecho, el Ala Sociológica del realismo, como hemos visto, criticó a Frank precisamente sobre la base de que tales supuestos no eran plausibles, dado la predictibilidad de gran parte de lo que las corten hacen.

Una versión más sutil de quietismo, sin embargo, está clara en el trabajo de Llewellyn. Aquí el realista no guarda silencio absoluto sobre las preguntas normativas, él simplemente da como consejo *explícito* que los

⁵⁰ Posner, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

⁵¹ Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 108, 109.

⁵² Frank, “Are judges human?”, Part I, *op. cit.*, p. 27.

⁵³ *Ibidem*, p. 25.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

jueces *deben* hacer lo que ellos en gran parte hacen de todas formas. Así, por ejemplo, si los jueces, como hacen habitualmente, aplican las normas de la cultura comercial, entonces ello es precisamente lo que los realistas les dicen que deben hacer. Esto es, como hemos visto, exactamente la tesis que informó la aproximación de Llewellyn al Uniform Commercial Code.

Esta versión más débil de quietismo –decirle a los jueces que ellos *deben* hacer lo que ya en gran medida hacen– resuena con las visiones de al menos algunos de los realistas proto-posnerianos. Holmes, por ejemplo, se queja de que “los jueces mismos han fallado en reconocer adecuadamente su deber de sopesar [explícitamente] las consideraciones sobre beneficios sociales”.⁵⁵ Pero del notar que lo que realmente ocurre en los fallos de los jueces de todas formas “una batalla oculta y medio consciente sobre la pregunta de la política legislativa”,⁵⁶ se deriva que este “deber” es de hecho “inevitable, y el resultado de la aversión judicial común y aclamada para tratar con tales consideraciones es simplemente dejar inarticulada, y a menudo inconsciente, la base y fundamento mismo de las decisiones.”⁵⁷ Así, lo que Holmes realmente defiende es una que los jueces hagan explícitamente (y, en consecuencia, quizá más exitosamente) lo que ellos inconscientemente hacen de todas formas.

En un notable caso de una división entre teoría y la práctica, Frank en el estrado era claramente más un proto-posneriano –al menos de la variedad holmesiana– que un creyente de la inevitabilidad de la justicia del *cadí*. Por ejemplo, en su opinión concurrente en *Ricketts v. Pennsylvania R. Co.*,⁵⁸ el Juez Frank, ahora sentado en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, rechazó el análisis doctrinal de la mayoría que decidió el caso (el cual involucraba un empleado que sufrió un daño, quien, como resultado de una mala asesoría jurídica, había renunciado inconscientemente a su derecho a demandar a la ferroviaria):

Pienso que deberíamos... rechazar mucha de las sutiles distinciones [invocadas por la mayoría] que fueron elaboradas por Williston [en su tratado sobre contratos] y expresadas en el *Restament of Contracts*...

⁵⁵ Holmes, Oliver Wendell, Jr. “The path of the law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987, pp. 457–78.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 466.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 467.

⁵⁸ *Ricketts v. Pennsylvania R. Co.* 135 F.2nd 757 (1946).

Como el señor Juez Holmes a menudo urgió, cuando un importante asunto de política pública surge, debe ser articulado cándidamente, no evasivamente. En otros contextos, las cortes han reconocido abiertamente que la desigualdad económica entre el empleador ordinario y el empleado individual ordinario usualmente significa la ausencia de “negociación libre”. Pienso que las cortes deberían hacer eso en los casos relacionados con empleados renunciando a sus derechos...

Tal decisión no produciría falta de certeza jurídica, sino que promovería la certeza — como cualquiera que lea el amplio número de casos en este campo, con sus numerosos e intrincados métodos para evitar la teoría objetiva [de los contratos]. Tal decisión simplemente haría directamente lo que muchas cortes han venido haciendo indirectamente. Es bastante claro que ellos han sentido, aunque no han dicho, que los empleadores no deberían, a través de tales liberaciones de responsabilidad, deshacerse de obligaciones con sus empleados lesionados, obligaciones con las cuales la sociedad en general tendría que tratar — sea [a través de impuestos o caridad].⁵⁹

Nótese que las preguntas comunes contemporáneas sobre la legitimidad de jueces no elegidos democráticamente embarcándose en esta clase de “legislación desde el estrado” de políticas públicas no era una pregunta que preocupara los proto-posnerianos. En realidad, ellos considerarían esas preguntas como distractoras y sin sentido: “Legítimas o no”, se podría imaginar al Juez Frank diciendo, “esto es lo que los jueces están en realidad haciendo — así que vamos a hacerlo abierta y directamente”.

Por supuesto, algunos proto-posnerianos entre los realistas no tenían ningunas pretensiones quietistas. Cohen,⁶⁰ de forma más notable, recomendó que los jueces respondieran ellos mismos las preguntas de política socio-económica *en vez* de responder a las preguntas doctrinales tradicionales que ellos afirmaban estar respondiendo.

Debe tenerse en mente también que el “quietismo” de algunos realistas es un quietismo acerca de la guía normativa *para los jueces*. Es bastante claro, por supuesto, que un quietista como Llewellyn pensaba que estaba *bien* que los jueces estuvieran inclinados a aplicar las normas de la cultura comercial en las disputas comerciales. Esto, claro está, es una visión normativa acerca de los que como los jueces *deben* decidir casos; el quietismo emerge del hecho de que esos realistas no pensaron que había ningún objeto en una teoría normativa que les dijera a los jueces que ellos debían decidir de alguna forma diferente. Llewellyn, como los otros realistas, era un liberal del *New Deal*, no ofreció una explicación teórica explícita por estas preferencias normativas. Sin embargo, se ha argüido recientemente, que se pueden entender que las preferencias de Llewellyn por jueces que prestaran atención a las normas de la cultura comercial reflejaban una tipo de aprecia-

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 760, 768, 769.

⁶⁰ Cohen, “Transcendental nonsense and the functional approach”, *op. cit.*

ción naciente por las normas de eficiencia en la creación ante las reglas jurídicas.⁶¹

VII. EL LEGADO DEL REALISMO JURÍDICO (I): LA EDUCACIÓN Y ACADEMIA JURÍDICA EN LOS ESTADOS UNIDOS

Dentro del derecho y educación jurídica de los Estados Unidos, el impacto del Realismo Jurídico ha sido profundo. Al enfatizar la indeterminación del derecho y del razonamiento jurídico, y la importancia de las consideraciones no jurídicas en las decisiones judiciales, los realistas aclararon el camino para que los jueces y abogados hablaran abiertamente acerca de las consideraciones políticas y políticas que de hecho afectan muchas decisiones. Esto está manifiesto en las frecuentes discusiones —por parte de cortes, abogados y profesores de derecho— de las implicaciones “políticas” (*policy*) de decidir en un sentido en vez de otro. El libro de texto jurídico moderno es en gran parte también una invención de los realistas. La “ciencia” del derecho visionada por Christopher Langdell, decano de la Escuela de Derecho de Harvard a finales del siglo XIX; estaba basado exclusivamente en el estudio de los fallos judiciales: de estos, el académico (o estudiante) podía formular las reglas y principios de derecho que gobernaban las decisiones. Los realistas, quien en gran medida compartían la ambición de hacer “científico” el estudio del derecho, discrepaban profundamente con Langdell acerca de lo que ello implicaba. Dado que si los realistas estaban en lo correcto de que los fallos publicados de los jueces a lo mejor solo daban un indicio, o, peor, probablemente ocultaban los verdaderos fundamentos no jurídicos de la decisión, entonces el estudio de los casos posiblemente no podría equipar a un abogado para asesorar a sus clientes acerca de los que las cortes harán. Para enseñar realmente el derecho, los realistas pensaban, era necesario entender las dimensiones económicas, políticas y sociales de los problemas que las cortes confrontan, dado que todas esas consideraciones figuran en las decisiones de los jueces. Así, los materiales modernos de enseñanza jurídica están típicamente titulados “Casos y *Materiales* sobre el Derecho de...”, donde los materiales eran tomados de las fuentes no jurídi-

⁶¹ Schwartz, Alan, “Karl Llewellyn and the origins of contract theory” en J. Kraus and S. Walt (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.

cas que iluminaban los varios aspectos no jurídicos relevantes para entender lo que las cortes han hecho.

El realismo también ha tenido un impacto relevante en la reforma del derecho, incluyendo el trabajo del American Law Institute. Esto podría parecer sorprendente, dado que los realistas fueron famosamente hostiles a el ALI en sus inicios. Leon Green declaró que “la empresa de reformular las reglas y principios desarrollados por las cortes inglesas y estadounidenses encontrará en el campo de la responsabilidad extracontractual una tarea fundamentalmente inútil.”⁶² Y, ningún estudiante del Realismo Jurídico o del American Law Institute puede olvidar la apasionada acusación que el psicológico de Yale Edward Robinson hizo en las páginas del *Yale Law Journal* en 1934:

Y así el American Law Institute ha pensando que puede ayudar a los abogados de mente simple proporcionando una imagen artificial y arbitraria de los principios en los cuales las disputas humanas se supone deben ser solucionadas... [Pero] [t]ales cuerpos de doctrinas lógicamente consistentes como aquellos formulados por los expertos del American Law Institute obviamente no son consideradores como esfuerzos para entender la institución jurídica como es. Cuando uno considera esos “*restatement*” del *common law* y como han sido formulados, uno recuerda como los expertos teólogos se reunieron del Concilio de Nicea y decidieron votar la naturaleza de la trinidad. Existe una diferencia entre ambas ocasiones. Los padres de la iglesia tenían más poder que lo tiene el Law Institute para obligar a creer en sus conclusiones.⁶³

Sin embargo, la preocupación real de estos realistas era la articulada por Oliphant, discutida anteriormente. Los críticos realistas de ALI temían que los *Restatement* simplemente codificarían “abstracciones excesivamente generales y obsoletas”⁶⁴ que las cortes podían recitar pero que no iluminarían sobre lo que ellas estaban haciendo. Sin embargo, en la práctica, los *Restatement* fueron elaborados precisamente en el espíritu de lo que Oliphant llamó un regreso a el *stare decisis*: es decir, como una forma de establecer las doctrinas jurídicas en formas que fueran más específicas a los hechos, y así más descriptivas de los fundamentos reales de decisión. (Recuérdese que el *Restatement, 2nd, of Contracts* de hecho incorpora algo muy cercano a la distinción de Oliphant entre las diferentes clases de pactos de no concurrencia).

El paradigma académico establecido por los realistas –contrastar lo que las cortes dicen que hacen con lo que ellas *en realidad* hacen– es uno que se

⁶² Green, Leon, “The duty problem in negligence cases”, *Columbia Law Review*, vol. 28, 1928, p. 1014.

⁶³ Robinson, Edward S., “Law – an unscientific discipline”, *Yale Law Journal*, vol. 44, 1934, pp. 260, 261.

⁶⁴ Oliphant, “A return to stare decisis”, *op. cit.*, p. 75.

ha vuelto casi la norma que distingue la práctica de los académicos, sin siquiera sentir la necesidad de seguirse identificado como realista. Considérese la clásica refutación moderna de lo que las cortes llaman “la regla del daño irreparable.”⁶⁵ La regla del daño irreparable establece que las cortes no emitirán órdenes preventivas cuando la indemnización monetaria sea suficiente para compensar a la víctima. Sin embargo, de acuerdo con el profesor Laycock:

Las cortes en realidad previenen el daño cuando pueden. Los fallos judiciales recitan la regla constantemente, pero no la aplican. Cuando la corte rechaza la solicitud del demandante, existe alguna otra razón, y la razón nada tiene que ver con la regla del daño irreparable... Un sentido intuitivo de justicia ha conducido a los jueces a producir resultados adecuados, pero no ha existido una presión similar para producir explicaciones adecuadas.⁶⁶

Como los realistas, Laycock encuentra una disyunción entre el “el derecho de los libros” y el “derecho en la acción”, y, también como los realistas, él invoca como una explicación para esta disyunción el “sentido intuitivo de justicia” de quienes toman la decisión. Como Oliphant, Laycock busca, a su vez, reformular y restablecer las reglas que gobiernan las ordenes preventivas para reflejar el patrón *real* de decisión que las cortes toman siguiendo este sentido intuitivo de justicia.

VIII. EL LEGADO DEL REALISMO JURÍDICO (2): LA TEORÍA JURÍDICA

Aunque los realistas afectaron profundamente la educación y la abogacía en Estados Unidos, ellos han tenido una influencia menor en la teoría del derecho anglo-americana. La historia del realismo es compleja en este aspecto. Con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, muchos académicos (especialmente en universidades católicas) criticaron a los realistas bajo el fundamento de que su ataque al “estado de derecho” simplemente apoyaba a los fascistas y otros enemigos de la democracia. Al mismo tiempo, académicos en Yale (notablemente Harold Lasswell y Myres McDougal) propendieron por versiones diluidas del realismo bajo el slogan de “ciencia política”. Estos escritos enfatizaron la idea realista de utilizar las ciencias

⁶⁵ Laycock, Douglas, *The Death of the Irreparable Injury Rule*. New York, Oxford University Press, 1991.

⁶⁶ *Ibidem*, p. vii.

sociales en una forma que permitieran a los funcionarios jurídicos producir los resultados efectivos y deseados. Esta “ciencia política” fue felizmente abandonada, dado que tenía que vez mucho más con racionalizar el imperialismo estadounidense que con la ciencia.

En los años cincuenta, la educación jurídica estadounidense fue marcada por la escuela del “legal process”, la cual en gran medida suprimió las lecciones del realismo. La escuela del Legal Process, asociada con el trabajo de Henry Hart y Albert Sacks en Harvard, identificó que la competencia institucional distintiva de los jueces era proporcionar “elaboraciones razonadas” de sus decisiones; esto podía hacerse bien o pobremente, y era la tarea de los académicos jurídicos monitorear el desempeño de los jueces en este aspecto, y así ayudar a asegurar que las decisiones judiciales proporcionen una guía confiable de los cursos futuros de decisión. Sin embargo, no proporcionaron una respuesta fundamentada al argumento realista de que el derecho y el razonamiento jurídico eran principalmente indeterminados. (Dentro de la teoría del derecho anglo-americana, el trabajo de Ronald Dworkin se puede comprender como una defensa filosófica de la concepción de adjudicación de la escuela del “Legal Process”).

El golpe decisivo contra el realismo como movimiento jurisprudencial, sin embargo, fue propinado por el filósofo del derecho inglés H. L. A. Hart. En su trabajo seminal de 1961, *The Concept of Law*⁶⁷ (*El Concepto de Derecho*), Hart dedicó un capítulo a atacar a los “escépticos de las reglas”, como él llamó a los realistas (aunque, desafortunadamente, él no distinguió cuidadosamente entre las versiones estadounidenses y europeas del realismo). Hart comienza por caracterizar el escepticismo ante las reglas como “la pretensión de que hablar ante las reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas.”⁶⁸ En realidad, gran parte de la discusión se ocupa de atacar esta versión de escepticismo ante las reglas. Pero Hart identificó otra versión de escepticismo ante las reglas: “El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial”.⁶⁹ Este segundo tipo de escéptico ante las reglas afirma, en particular, “que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u ‘obligados’ a decidir casos

⁶⁷ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994. [hay traducción al castellano de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perlot, 1963].

⁶⁸ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 133 (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 170).

⁶⁹ *Idem.*, p. 135 (*Idem.*, p. 172).

en la forma que lo hacen.”⁷⁰ Llamemos a la primera doctrina “escepticismo conceptual ante las reglas”, y a la segunda “escepticismo empírico ante las reglas”.

El escepticismo conceptual ante las reglas conceptual profiere una explicación escéptica del concepto de derecho. La explicación es escéptica en la medida en que involucra negar lo que podemos llamar, para facilitar la referencia, “la visión simple” del derecho. Esta es la visión de que ciertos actos oficiales previos (como las promulgaciones legislativas y las decisiones judiciales) constituyen “derecho”, incluso si no lo agotan. (Para estar seguros, esta visión es simple, ¡pero no falsa!) Un escéptico conceptual ante las reglas ofrece una explicación del concepto de derecho que niega la visión simple: de acuerdo con este escéptico, las reglas previamente promulgadas por los poderes legislativos y articuladas por las cortes no son derecho. Ello se deriva de la propia explicación del escéptico del concepto de derecho, de acuerdo con la cual, “el derecho es sólo la predicción de lo que una corte hará”, o “el derecho es sólo cualquier cosa que una corte dice en la ocasión presente”. El POSITIVISMO, en contraste, es una explicación no escéptica, dado que la noción de una regla de reconocimiento del positivista jurídico —una regla constituida por una práctica entre los funcionarios de decidir cuestiones de validez jurídica por referencia a ciertos criterios— es totalmente compatible con la concepción capturada por la visión simple.

El escepticismo empírico ante las reglas, en contraste, hace una afirmación empírica acerca del papel causal de las reglas en la toma de decisiones judiciales. De acuerdo con este escéptico, las reglas no hacen mucha diferencia causal en como las cortes deciden los casos. En la versión de Hart de este tipo de escepticismo, se dice que el escéptico cree esto debido a que cree que las reglas son indeterminadas, un argumento al cual regresaremos más adelante.

La refutación de Hart del escepticismo conceptual ante las reglas es rápida y devastadora, como una versión modificada de uno de los contraejemplos de Hart ilustrará. Supóngase que un juez debe decidir la pregunta sobre si un franquiciador puede terminar a un franquiciado con menos de seis días de preaviso en Connecticut. El juez presumiblemente se preguntará lo siguiente: “¿Cuál es el derecho que gobierna la terminación de las franquicias en este estado?” Pero de acuerdo con el escéptico conceptual ante las reglas, preguntarse cuál es “derecho” en la terminación y preavisos es simplemente preguntarse “¿cómo decidirá el juez este caso?” Así que un

⁷⁰ *Idem (Idem)*.

juez que se pregunta tal cosa, desde la lectura escéptica, en realidad se está preguntando a sí mismo: “¿Qué pienso que haré?” Pero esto claramente *no* es lo que el juez se pregunta, y por tanto la explicación escéptica ha perdido algo importante acerca de nuestro concepto de derecho. Como Hart lo expresa: el “enunciado de que una regla [jurídica] es válida es un enunciado interno que reconoce que la regla satisface los requisitos para identificar lo que considerado como derecho en [este] tribunal, y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la *razón* de la misma.”⁷¹

Ahora bien, se puede decir uno de los realistas jurídicos estadounidenses era un escéptico conceptual ante las reglas: Felix Cohen (Algunos de los realistas escandinavos también eran escépticos conceptuales ante las reglas, pero ello era una consecuencia de sus compromisos en metafísica y semántica. véase, REALISMO JURÍDICO EUROPEO). Pero Cohen nunca fue citado por Hart; y el realismo de Hart es en gran parte una amalgamamiento de Frank, Holmes y Llewellyn. Es innegablemente cierto de estos escritores, como todos los realistas, hablan de la importancia de “predecir” lo que las cortes harán. La pregunta es si, al hablar así, en justicia ellos admiten una lectura en la cual estén presentando un análisis del concepto de derecho. Sólo la lectura extremadamente anacrónica de Hart sugiere una respuesta afirmativa. La idea de que la filosofía se ocupa del “análisis conceptual” a través del análisis del lenguaje es un artefacto de la filosofía analítica anglo-americana del siglo XX; y en realidad, como fue practicada por Hart, realmente refleja la influencia de tesis de moda en la filosofía del lenguaje de Oxford en los años cuarenta y cincuenta. Los realista no eran filósofos, mucho menos filósofos analíticos, y mucho menos estudiantes de G. E. Moore, Russell y Wittgenstein, mucho menos colegas de J. L. Austin. La idea de que lo requiere explicación sobre el derecho es el “concepto” de derecho como se manifiesta en el lenguaje ordinario les hubiera parecido absurda. Aunque los realistas tenían mucho que decir acerca de cómo la adjudicación y como las reglas jurídicas operaban en la práctica, ellos no tenían nada *explicito* que decir acerca del *concepto* de derecho.

Entonces, ¿cómo entender cuando hablaban acerca de “predecir” lo que las cortes harán? Frank advierte al lector desde el comienzo que él está “primariamente ocupado con el ‘derecho’ como afecta el trabajo de los abogados practicantes y las necesidades de los clientes que los contratan.”⁷² Holmes comienza “The Path of the Law” enfatizando que él está hablando sobre del significado del derecho de los abogados que “concurren antes los

⁷¹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, 102 (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 131).

⁷² Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 47 (nota).

jueces o... que asesoran a las personas en formas tales que las mantengan por fuera de la corte”.⁷³ Dentro de este contexto, afirmaciones célebres como la de Llewellyn —“lo que esos funcionarios hacen acerca de las disputas es, en mi concepto, el derecho mismo”⁷⁴— tienen completo sentido. Esta no es una afirmación acerca del “concepto” de derecho, sino más bien una afirmación acerca de la forma en la que es *útil* pensar acerca del derecho para abogados que deben asesorar clientes acerca de lo que deben hacer. El cliente en la franquicia en Connecticut no quiere simplemente saber cuál es la regla vigente en este estado; él quiere saber qué pasará cuando el lleve al franquiciador a la corte. Así que desde la perspectiva práctica del franquiciado, lo que se quiere saber acerca del “derecho”, de hecho, es lo que las cortes harán cuando se enfrenten con el reclamo del franquiciado. Esto es todo el derecho que le interesa al cliente, todo el derecho que importa al abogado asesorando al cliente. Y esto es todo, según entiendo, lo que los realistas querían enfatizar.

De hecho, existe una razón teórica más profunda por la cual los realistas no pudieron haber sido escépticos conceptuales ante las reglas. Los argumentos realistas sobre la indeterminación del derecho —como *todos* los argumentos acerca de la indeterminación jurídica⁷⁵— de hecho presuponen una explicación no escéptica del concepto de derecho. De hecho, jellos presuponen una explicación con distintas afinidades con aquella desarrollada por los POSITIVISTAS JURÍDICOS! La Afirmación Central de la indeterminación jurídica, recuérdese, es la afirmación de que la “clase de razones jurídicas” fracasa en su intento de justificar un resultado único en todos los casos. La “clase de razones jurídicas” es la clase de razones que pueden justificar adecuadamente una conclusión jurídica (y así “forzarla” en la medida en que los actores jurídicos responden a razones jurídicas válidas). Así, por ejemplo, apelar a la disposiciones estatutarias o a un precedente válido son parte de la clase de razones jurídicas, mientras que apelar a la autoridad de la *República* de Platón no: un juez no está obligado a decidir de una forma u otra porque Platón lo dijo. Cualquier argumento en favor de la indeterminación, entonces, presupone una visión acerca de los *límites* de la clase de razones jurídicas. Cuando Oliphant sostuvo, por ejemplo, que los pactos de no concurrencia eran decididos no con referencia al derecho, sino con referencia a las normas no codificadas prevalentes en la cultura comercial en la cual surgió la disputa, esto sólo muestra que el derecho es

⁷³ Holmes, “The path of the law”, *op. cit.*, p. 457.

⁷⁴ Llewellyn, “A realistic jurisprudence – the next step”, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁵ Leiter, Brian, “Legal indeterminacy”, *Legal Theory*, vol. 1, 1995, pp. 481–91.

indeterminado bajo el supuesto de que las razones normativas sobre las cuales las cortes se basan en realidad no son por sí mismas razones *jurídicas*. Igualmente, cuando Holmes apunta que las decisiones judiciales no dependen del razonamiento jurídico sino de “una batalla oculta y medio consciente sobre la pregunta [subyacente] de la política legislativa”,⁷⁶ él está claramente presuponiendo que esas preocupaciones políticas no son por sí mismas razones *jurídicas*. El famoso argumento realista en favor de la interminación el cual se enfoca en las formas incompatibles, pero igualmente legítimas, que los abogados tienen para interpretar las leyes y los precedentes sólo muestra que el derecho es indeterminado bajo el supuesto de que los estatutos y precedentes agotan en gran medida las fuentes autoritativas del derecho o que entran en conflicto con cualquiera otra norma autoritativa no derivada de esas fuentes. Los supuestos anteriores son los que parecen motivar la posición realista. Así, Llewellyn dijo que los jueces toman a las reglas “principalmente de fuentes autoritativas (las cuales en el caso del derecho son mayormente estatutos y decisiones de las cortes)”.⁷⁷

¿Qué concepción de derecho se presupone en estos argumentos en favor de una indeterminación del derecho? ¿Un concepto en el cual los estatutos y lo precedentes son partes del derecho, pero las normas no codificadas y los argumentos de políticas públicas no? Ciertamente no es la visión de Ronald Dworkin, mucho menos ninguna versión IUSNATURALISTA más robusta. En vez de ello, los realistas están presuponiendo algo como la idea positivista de la regla de reconocimiento (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO) según la cual los criterios de validez son exclusivamente de pedigrí: una regla (o canon interpretativo) es parte del derecho en virtud de tener una fuente en una promulgación legislativa o en una decisión judicial previa. Los realistas, en resumen, no pueden ser escépticos conceptuales sobre las reglas, porque sus argumentos en favor de la indeterminación presuponen una explicación no escéptica de los criterios de VALIDEZ, una que tiene las afinidades más obvias con el argumento desarrollado por algunos positivistas.

Esto nos deja con el ataque que Hart hace a los escepticismos empíricos ante las reglas. La versión de Hart de esta doctrina⁷⁸ tiene dos afirmaciones: (1) las reglas son indeterminadas, y, como resultado, (2) las reglas no determinan o restringen las decisiones de las cortes. Nótese que la forma de Hart de enmarcar el argumento escéptico la hace dependiente de una afirmación filosófica sobre el derecho, es decir, que es indeterminado. Pero

⁷⁶ Holmes, “The path of the law”, *op. cit.*, p. 467.

⁷⁷ Llewellyn, “A realistic jurisprudence – the next step”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 135 (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 172).

(2) puede ser cierta incluso si (1) fuera falsa (eso es lo que el escepticismo ante las reglas *puro* podría decir). Sin embargo, Hart está seguramente en lo cierto cuando afirma que la mayor parte de los realistas (Moore puede ser la principal excepción) sostienen por igual (1) y (2). Pero él está equivocado acerca del argumento realista en favor de (1), y así subestima la cantidad de indeterminación en derecho.

El movimiento estratégico central de Hart es conceder al escéptico, desde el comienzo, que las reglas jurídicas son indeterminadas, pero argüir que la indeterminación es un fenómeno marginal, uno que es insuficiente para asegurar un escepticismo de amplio alcance. El escéptico es presentado, por tanto, como si tuviera expectativas ampliamente irrealistas sobre la determinación de las reglas, como si fuera un “absolutista desilusionado.”⁷⁹ La estrategia depende, sin embargo, de la explicación de Hart de la fuente de la indeterminación, una explicación que es, de hecho, bastante diferente del argumento dado por los realistas.

De acuerdo con Hart, las reglas jurídicas son indeterminadas porque “existe un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar.”⁸⁰ El lenguaje es, en la famosa frase de Hart, de “textura abierta”, en el sentido de que tienen unos ejemplos “centrales” —aspectos de la palabra que claramente caen dentro de la extensión del significado de la palabra— pero también tienen “penumbras”, casos donde no es claro si la extensión incluye aspectos del mundo en cuestión. (Un sedán Mercedes-Benz es claramente un vehículo, pero, ¿lo es un *scooter* de motor?) En casos en los cuales los hechos caen dentro de la penumbra de la palabra clave en la regla jurídica aplicable, una corte “debe actuar en forma discrecional, [dado] que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean las preguntas que surgen... como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”.⁸¹

Los realistas, sin embargo, localizaron la indeterminación no en las características general del lenguaje mismo, sino —como vimos anteriormente— en la existencia de *cánones de interpretación* incompatibles, pero igualmente legítimos, que las cortes podrían emplear para extraer reglas diferentes del mismo texto legal o del mismo precedente. La indeterminación, en resumen, para los realistas no reside en las reglas mismas, sino en las formas en las que tenemos que caracterizar lo que las reglas de los estatutos y

⁷⁹ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 135 (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 173).

⁸⁰ *Idem*, p. 123 (*Idem*, p.157).

⁸¹ *Idem*, p. 128 (*Idem*, p. 164).

precedentes contienen. Así, incluso si estamos de acuerdo con Hart de que la textura abierta del lenguaje afecta sólo las reglas “en los márgenes”, los realistas nos dan un ahora una razón *adicional* (más allá de la proporcionada por Hart) para esperar la indeterminación en derecho. Si los realistas estaban en lo cierto, entonces no sólo las reglas jurídicas sufren de la textura abierta que Hart describe, sino los estatutos y precedentes frecuentemente admitirán “manipulación” —manipulación jurídica adecuada, por supuesto— y así serán indeterminados en este segundo aspecto también. La *combinación* de fuentes de indeterminación (la textura abierta del lenguaje y los cánones de interpretación incompatibles) parece suficiente para mover la indeterminación de los márgenes al centro de los casos litigados en la realidad.

Hart, por supuesto, no desconsidera totalmente los argumentos realistas, aunque los trata de forma extremadamente somera. En respuesta al punto de Llewellyn, por ejemplo, de que una corte puede interpretar un precedente de forma “amplia” o “estricta” y así extraer dos reglas diferentes de la misma decisión previa, Hart simplemente dice esto: “en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. El sumario, por lo común, es suficientemente correcto”.⁸² Pero todos los abogados practicantes en su primer año se dan cuenta que esta aproximación al precedente sería una receta para el desastre. Extraer las “posiciones de la corte” sin dar consideración a los hechos del caso —lo cual es todo lo que el sumario típicamente proporciona— es abogacía mediocre. Un abogado hábil sabe exactamente lo que Llewellyn describe: que la “regla” de un caso anterior puede ser declarada con varios niveles de especificidad, y son así hechas para cumplir trabajos retóricos diferentes dependiendo de las necesidades del caso en cuestión.

Ahora bien, existe un punto genuino de disputa entre Hart y los realistas. Mientras ambos reconocen la indeterminación en el derecho, y mientras ambos reconocen por tanto que las reglas no determinan la decisión en algún rango de casos, ellos claramente discrepan sobre el *rango* de casos sobre las cuales estas afirmaciones son ciertas. En resumen, su desacuerdo es sobre *el grado*, pero no obstante es un desacuerdo real. Mientras que Hart ubicaría la indeterminación, y así la irrelevancia causal, de las reglas “en el margen”, el escepticismo realista cubre el “núcleo” del litigio en apelación.

Así que, al final, ¿cómo responde Hart a la afirmación realista de que, al menos en casos de decisiones de apelación, las reglas juegan un papel cau-

⁸² Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p.131 (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 167).

sal relativamente menor en que las cortes decidan en la forma en que lo hacen? Este es, según entiendo, el centro de la respuesta de Hart:

[E]s evidente, sin duda, que la mayoría de ellas... son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificada por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida.⁸³

De forma notable, el argumento consiste sólo en cuatro palabras: “es evidente, sin duda”. Pero eso no es un argumento en absoluto. Hart simplemente niega lo que lo realistas afirman, pero no nos da más razones para su negatoria que su confianza “de sillón” en la corrección de su propia tesis. Por supuesto, Hart *puede* estar en lo cierto, pero dado el devastador impacto que el capítulo de Hart tuvo en el realismo entre los filósofos jurídicos, es seguramente más que irónico que en el punto crucial de disputa con el realismo —en qué medida las reglas importan en la adjudicación de apelación— Hart nunca ofreció ningún argumento.

Meritorio o no, la crítica de Hart tuvo el efecto que los filósofos profesionales apartaran su atención del realismo. En los años setenta, y continuando en los años ochenta, no filósofos asociados con el movimiento de ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS (Critical Legal Studies, CLS) trajeron a los realistas de regreso a prominencia dentro del pensamiento jurídico estadounidense. El CLS, sin embargo, inventó su propia versión de Realismo Jurídico, una que caía mejor con sus ambiciones teóricas distintivas. Por ejemplo, en vez de abrazar la afirmación realista de que el derecho es indeterminado, los escritores del CLS fueron más allá del realismo en dos aspectos importantes. Primero, al contrario de los realistas, muchos escritores del CLS afirmaron que el derecho era “globalmente” indeterminado, es decir, indeterminado en todos los casos (no sólo en aquellos que alcanzaban la etapa de revisión en apelación). Segundo, al contrario de los realistas, los escritores del CLS fundamentaron la afirmación de que la indeterminación jurídica no es la indeterminación de los métodos para interpretar las fuentes jurídicas, sino la indeterminación de todo el lenguaje mismo. Aquí tomaron su inspiración —aunque muy general (y a menudo de forma errónea)— del trabajo del Wittgenstein tardío y de la deconstrucción en teoría literaria.

⁸³ *Idem*, p. 137 (*Idem*, p. 175).

Los escritores del CLS le dieron gran importancia a un argumento contra la distinción “público-privada”, debido al economista de Columbia Robert Hale y al filósofo Morris Cohen (Ambos fueron figuras marginales en el realismo, y, en realidad, ¡Cohen fue primariamente un crítico del realismo!) El argumento es básicamente el siguiente: debido a que las decisiones gubernamentales crean y estructuran la denominada estructura privada (*i.e.*, al crear y hacer cumplir un régimen de propiedad y derechos contractuales), no debería existir ninguna presunción de “no intervención” en esta esfera “privada” (*i.e.*, el mercado) porque esta es, en esencia, una criatura pública. No existe, en resumen, ninguna línea base natural contra la cual el gobierno no pueda vulnerar sin volverse “intervencionista” y no-neutral, porque la línea base misma es un artefacto de la regulación del gobierno. Este argumento se ha vuelto popular entre académicos jurídicos recientemente —incluyendo escritores por fuera del CLS, como Sunstein—⁸⁴ a pesar de que incluye un evidente *non-sequitur*. Simplemente no se deriva del hecho de que es normativamente permisible para el gobierno regular la esfera “privada” del mero hecho de que el gobierno creó la esfera “privada” a través del establecimiento de una estructura de derechos; la pregunta real es si la justificación *normativa* para demarcar un límite en la toma de decisión inmune de la regulación gubernamental es un límite adecuado. Sin embargo, este argumento errado se volvió una pieza central de la versión del realismo del CLS.⁸⁵

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía citada*

- COHEN, Felix, “Transcendental nonsense and the functional approach”, *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935.
- CROSS, Frank B., “Political science and the new legal realism: A case of unfortunate interdisciplinary ignorance.” *Northwestern University Law Review*, vol. 92, 1997.
- FISHER, W. W., HORWITZ, M. J., y REED, T. A. (eds.). *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993.

⁸⁴ Sunstein, Cass, “Lochner’s legacy”, *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 873–919.

⁸⁵ Una versión bien representada por los materiales introductorios y selecciones en Fisher, W. W., Horwitz, M. J., y Reed, T. A. (eds.), *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993.

- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*. New York, Brentano's, 1930.
- , "Are judges human?" Parts I & II, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 80, 1931.
- GREEN, Leon, "The duty problem in negligence cases", *Columbia Law Review*, vol. 28, 1928.
- , *The Judicial Process in Torts Cases*. St. Paul, MN, West Publishing, 1931.
- Hart, H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford, Clarendon Press, 1994. Hay traducción al castellano de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perlot, 1963.
- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. "The path of the law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1987.
- HUTCHESON, Joseph, "The judgment intuitive: The function of the 'hunch' in judicial decision", *Cornell Law Quarterly*, vol. 14, 1929.
- KIM, Jaegwon, "What is 'naturalized epistemology'?" *Philosophical Perspectives*, vol. 2, 1988.
- KORNBLITH, Hilary, "Introduction: What is naturalistic epistemology?" en H. Kornblith (ed.), *Naturalizing Epistemology*, 2nd edn. Cambridge, MA: MIT Press, 1994.
- LAYCOCK, Douglas, *The Death of the Irreparable Injury Rule*. New York, Oxford University Press, 1991.
- LEITER, Brian, "Legal indeterminacy", *Legal Theory*, vol. 1, 1995.
- , "Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence", en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 1). Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en "Repensando el Realismo Jurídico: hacia una teoría del derecho naturalizada", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- , "Naturalism and naturalized jurisprudence", en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, capítulo 4.
- , "Objectivity, morality, and adjudication", en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 8). Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en "Objetividad, moralidad y adjudicación", en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- , "Naturalism in legal philosophy", en E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2002, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2002/entries/lawphil-naturalism/>.

- LLEWELLYN, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930.
- , “A realistic jurisprudence – the next step”, *Columbia Law Review*, vol. 30, 1930.
- , “Some realism about realism –responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931.
- , “Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 3, 1950.
- , *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston, Little, Brown & Co, 1960.
- MOORE, Underhill y CALLAHAN, Charles, “Law and learning theory: A study in legal control”, *Yale Law Journal*, vol. 53, 1943.
- MOORE, Underhill y HOPE, Theodore, “An institutional approach to the law of commercial banking”, *Yale Law Journal*, vol. 38, 1929.
- MOORE, Underhill y SUSSMAN, Gilbert, “Legal and institutional methods applied to the debiting of direct discounts – VI. The decisions, the institutions, and the degree of deviation” *Yale Law Journal*, vol. 40, 1931.
- OLIPHANT, Herman, “A return to stare decisis”, *American Bar Association Journal*, vol. 14, 1928 (también publicado en W. W. Fisher *et. al.* (eds) *American Legal Realism*. New York, Oxford University Press, 1993).
- POSNER, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999.
- QUINE, W. V. O., “Epistemology naturalized”, en W.V. O. Quine, *Ontological Relativity and Other Essays*. New York: Columbia University Press, pp. 1969.
- RADIN, Max. “The theory of judicial decision: Or how judges think,” *American Bar Association Journal*, vol. 11, 1925.
- , “In defense of an unsystematic science of law”, *Yale Law Journal*, vol. 51, 1942.
- ROBINSON, Edward S., “Law – an unscientific discipline”, *Yale Law Journal*, vol. 44, 1934.
- SCHWARTZ, Alan, “Karl Llewellyn and the origins of contract theory” en: J. Kraus and S. Walt (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.
- SUNSTEIN, Cass, “Lochner’s legacy”, *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987.

WHITE, James J., “The influence of American Legal Realism on Article 2 of the Uniform Commercial Code”, en Krawietz, Werner; MacCormick, D. Neil, y, von Wright, G.H. (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Berlin, Dunc-ker and Humbolt, 1993.

2. *Bibliografía adicional recomendada*

LEITER, Brian, “Legal realism and legal positivism reconsidered” en Leiter, Brian, *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (capítulo 2). Hay traducción en español de Giovanni Battista Ratti en “Una nueva consideración del Realismo Jurídico y el positivismo jurídico”, en *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

SCHLEGEL, John Henry, *American Legal Realism and Empirical Social Science*. Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.

TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Norman, University of Oklahoma Press, 1973.