

**LA INCERTIDUMBRE
RACIONAL Y CAUSAL EN
LAS NORMAS DESDE LA
PERSPECTIVA REALISTA**

Y LA PROPUESTA DE
BRIAN LEITER

Juan Camilo Rodríguez

LA INCERTIDUMBRE RACIONAL Y CAUSAL EN LAS NORMAS DESDE LA PERSPECTIVA REALISTA Y LA PROPUESTA DE BRIAN LEITER

Juan Camilo Rodríguez



SUMARIO:

- I. *Introducción y contexto.*
- II. *Objetivo.*
- III. *Problema y pregunta de investigación.*
- IV. *Justificación metodológica.*
- V. *Discusión teórica.*
- VI. *Conclusión.*
- VII. *Referencias*

Introducción

La tendencia teórica de las escuelas de derecho suele orientarse a aclarar qué es la norma o a las herramientas para llenar las lagunas, si es que existen, o a la distinción entre casos claros y un poco de penumbra. De cualquier forma, difícilmente se han puesto en duda los métodos que se usan para adquirir conocimiento, o si las razones jurídicas, la moral y las políticas, son suficientes para poder justificar las decisiones y el conocimiento jurídico. Con este panorama, durante el siglo XX ha existido una tendencia a defender una idea paralela que parte del hecho de que una buena parte de las normas jurídicas se encuentran indeterminadas y que no contamos con las herramientas suficientes dentro de las razones jurídicas como para afrontar esta realidad, Brian Leiter parte de este problema y busca la solución que se ajuste más a la realidad y no a construcciones subjetivas o indeterminadas.

Objetivo

El fin de este escrito es desarrollar el pensamiento de los diferentes realistas según la óptica de Brian Leiter y presentar la propuesta que aporta desde el naturalismo, y su teoría de la adjudicación a la teoría del derecho.

Problema Y Pregunta De Investigación

El problema para los realistas se encuentra en la incertidumbre de las normas jurídicas que no bastan para explicar los fenómenos en el ordenamiento jurídico, por ello, la pregunta de investigación, abordará desde el realismo ¿Cuál es la importancia que dan los jueces a la norma y a los hechos al tomar una decisión? Pero para Leiter hay un problema adicional y es ¿Cuál es el método epistemológico que permita una predictibilidad más exacta de las decisiones judiciales?.

Discusión Teórica

Parte 1. ***La Indeterminación***

Según Brian Leiter, el problema que los realistas pretenden solucionar existe a causa de que las razones jurídicas no permiten conocer con total certeza el resultado que dará un juez, para explicar la afirmación anterior parte por indicar que hay una indeterminación racional, porque dado que la norma N1 puede llevar a que el juez tome la decisión A o la decisión B, decisiones que se verían justificadas por la norma y que se identifican porque en la mayoría de los casos esa indeterminación resulta en apelación, posteriormente Brian Leiter sigue a Llewellyn para concluir que buscar la interpretación, más estricta o amplia, no es la solución a la indeterminación racional, incluso si se trata dos interpretaciones legítimas realizadas por las cortes, en tanto esas interpretaciones están limitadas a las propias fuentes del derecho y crean normas o muy específicas o muy generales¹. Además, surge otro inconveniente para Leiter y los realistas, y es que las razones jurídicas no son

suficientes para justificar una decisión judicial, y por tanto, no sería posible explicar la decisión judicial si no es usando razones ajenas a las razones jurídicas.

Frente a estas afirmaciones, surge una solución por parte de R. Dworkin quien propone que se debe tener en consideración todas las fuentes legítimas del derecho para interpretar una norma y de esa manera la indeterminación desaparece.²

Parte 2.
Afirmación Central Del
Realismo Estadounidense

Presentado el problema, sigue explorar lo que para Brian Leiter es “la afirmación central del realismo jurídico estadounidense” que toma

de las bases del conductismo psicológico con el fin de ver a las decisiones judiciales como la respuesta a estímulos de los hechos del caso y no como la respuesta a las normas y razones jurídicas.³ Indica Brian Leiter que todos los realistas, de una u otra forma, llegaban a esa afirmación y cita varios ejemplos como Joseph Hutchenson que en su obra “The judgment intuitive” afirma que “el impulso motivante principal para la decisión es el sentido intuitivo de lo que es correcto o incorrecto en el caso”. La posición central de los realistas da un papel fundamental y protagónico a los hechos, haciendo que dejen de ser entidades que se adscriben a la norma que es usada por el juez para fallar y lleguen a ser fundamentales porque los hechos son los estímulos a los que los jueces responden independientemente de si son o no jurídicamente relevantes y con los cuales toman una

¹ Lo que cita Leiter de Llewellyn es el ejemplo de la interpretación estricta en los precedentes judiciales, que, de ser cierta, una norma “sólo aplicaría sólo para pelirrojos de apellido Walpole que anden en carros Buick magenta pálido.” Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush*. New York, Oceana, 1930.

² Como fuentes legítimas R Dworkin reconoce los principios morales y políticos que Brian Leiter no termina de integrar a su modelo porque no llegan a ser objetivos, que es un requisito necesario en su modelo de teoría del derecho que se dedica a predecir las decisiones judiciales. * En naturalismo y teoría del derecho capítulo VII Brian Leiter desarrolla su pensamiento con respecto a los hechos morales y si estos entran en la mejor interpretación propuesta por Dworkin.

³ En el ensayo de Álvaro Núñez Vaquero “el realismo jurídico de Brian Leiter” para dirittoquestionipubbliche.org se contextualiza esta situación e incluso la ridiculización que se hizo por parte de un sector ajeno a los realistas que interpretaban la respuesta a los estímulos únicamente como “jurisprudencia digestiva” (el juez puede decidir según lo que ha comido) y que se le responsabiliza de cierta forma a Jerome Frank, aunque este dio más de 10 criterios que determinan la decisión de un juez.

decisión que después respaldan con las normas jurídicas.

Esta situación de protagonismo fáctico y de escepticismo ante la regla llevó a que realistas como Oliphant (s.f.) propusieran que: no se debían crear reglas jurídicas abstractas, las cuales no tienen ningún valor, porque los jueces deciden según los estímulos de los casos concretos; sino que se debían considerar fallos anteriores para que regulen los casos parecidos y posteriores, a fin de tener una limitación real y eficaz de las reacciones de los jueces ante los estímulos fácticos y no reglas irrelevantes.

Parte 3.
La Dos “Alas”
En El Realismo
Estadounidense

Para seguir con el estudio, Brian Leiter analiza los comportamientos de los realistas de inicios del siglo XX, y los divide en las alas, la sociológica y la idiosincrática para indicar la justificación por qué los jueces fallaban de la forma en la que lo hacían. En ambas alas se encuentran los que para Leiter se adscriben al pensamiento de que las decisiones judiciales no tienen patrones predecibles sí el único criterio para identificar el patrón son las normas jurídicas, pero en el ala sociológica se indica que la predictibilidad de la decisión se encuentra en las fuerzas sociales que operan sobre el juez y determinan un patrón de comportamiento. El ala idiosincrática indica que lo que determina la decisión son la personalidad y psicología dentro del juez que fallará⁴. En definitiva, la posición de los realistas se mantiene al margen de quienes afirman que la decisión depende de como los hechos se adscriben a la norma y prefiere la postura de que, un juez suele decidir por los estímulos que le afectan y por las fuerzas sociales o su propia personalidad⁵.

Para el ala sociológica, lo relevante es que los jueces procuran respetar, mantener y aplicar las normas que mantengan y beneficien el orden socio-económico. Para Llewellyn las cortes son sensibles al comercio y a la decencia, por ello Moore (1929) propone que lo

⁴ De esta ala sale la proposición de que la personalidad de un juez es determinante para conocer la decisión que se tomará, pero como indica Leiter, nunca se cita o se considera lo que el juez ha almorzado.

⁵ Brian Leiter deja claro que Jerome Frank era un seguidor claro del Psicoanálisis freudiano y que para él, no sólo era una cuestión de cómo se reacciona ante los estímulos, sino incluso del rol que tiene el inconsciente frente a esa reacción.

importante es reconocer “la conducta institucional” (pp. 703-709), que es la idea de que para identificar la decisión que tomará la corte, se tiene en cuenta la posición actual de la misma con respecto a un conjunto de hechos (Cultura comercial por ejemplo), y después se agrega la variable de “que tanto se debe desviar” una institución con respecto a la expectativa que tiene el juez para que falle en su contra (Moore, 1929). El ejemplo de Moore es “¿Qué tanto se debe desviar la conducta de un banco (la institución) de la práctica normal del cambio de cheques antes de que se falle en su contra?”. A lo que quiere llegar Moore, al igual que el resto del ala, es que de hacerse un perfil psico-social de los jueces teniendo en cuenta sus tendencias a fallar para mantener un orden socioeconómico, sería posible reducir la indeterminación racional y causal, por lo tanto, identificar los patrones que siguen los jueces para fallar.

Esta proposición del ala sociológica no debe confundirse con la idea de que los jueces fallan según como se sienten con respecto a las partes o sus abogados, sino con lo que ellos consideran debe ser el orden socioeconómico adecuado.

En conclusión, el ala sociológica del realismo busca la predictibilidad de los fallos de los jueces, usando criterios externos a las normas jurídicas, debido a que son los únicos que identifican y describen adecuadamente las decisiones judiciales con propuestas como el stare decisis de Oliphant o la conducta institucional de Moore.

Parte 4.
Cómo Deberían Fallar
Los Jueces Según Los Realistas

La propuesta de los realistas: ¿cómo deberían fallar los jueces?

Para Brian Leiter la indeterminación causal es un problema serio, las decisiones jurídicas no son capaces de ser justificadas por normas jurídicas, y si eso pasa, entonces tampoco podemos buscar explicaciones de la decisión únicamente en las normas jurídicas, y por tanto fracasan como proyecto epistemológico.

Para resolver este problema, Brian Leiter explora diferentes propuestas realistas dadas a lo largo del tiempo. La primera manera es que los jueces tengan una función legislativa, de esa forma no deberían de justificar cómo sus decisiones caben dentro del ordenamiento jurídico porque cada una de ellas (Cohen, 1935). Una segunda propuesta indica que existe una justicia de *cadí*, es decir, que nunca se ha dejado de fallar usando los criterios personales, y plantea el problema de si aquello sería posible que llega a ser absurda en tanto termina siendo la búsqueda por revertir la identidad o cualquier acto humano dentro de la decisión (Frank, 1931). Otros realistas como Llewellyn proponen el quietismo normativo, que indica que si los jueces ya fallan usando la cultural comercial, por ejemplo, que admitan que lo hacen y que la sigan aplicando estrictamente.

La propuesta de Leiter (2011) es que los jueces deberían fallar usando un método naturalista y criterios pragmáticos. Leiter indica que los métodos que se han usado para llegar al conocimiento hasta ahora no permiten explicar las decisiones de los jueces, y por ello no crean conocimiento, enseguida compara el método usado con el de las ciencias naturales para concluir que el mejor método es el que sea más exitoso para dar conocimiento, para Leiter prueba de ello es que el conocimiento científico nos ha permitido volar aviones o realizar trasplantes⁶. Los beneficios anteriores hicieron que Leiter decidiera que el camino que debía llevar el método en el derecho es el de la naturalización y da dos argumentos para justificar esta idea.

El primer argumento es que usar un método científico empírico en el derecho acabaría con la indeterminación racional debido a que un *input* tendría como resultado un *output*, situación que no ocurre con los métodos actuales en el derecho que pueden privilegiar dos teorías contrarias de la misma norma, con ello se consigue que al observar los hechos también se observe lo que falla el juez y no lo que debería ser de su fallo.

⁶ Siguiendo la crítica de Álvaro Núñez Vaquero, esta comparación es absurda, no sólo porque ignora la técnica empleada por ingenieros y aviadores o médicos que aplican la ciencia, sino porque no existe una garantía de que el método que nos permita volar aviones también nos permita entender, justificar o explicar las decisiones de los jueces.

⁷ Este pensamiento de Leiter se ve respaldado por su pensamiento de que la teoría sólo será conocimiento en tanto no sea un estudio de verdades inaccesibles e impracticables y lo que busca es afirmar que tanto el conocimiento formal como el científico buscan generar predicciones.



El nuevo método para Leiter debe tener un efecto en la realidad, es decir, para Leiter primero la teoría o la filosofía debe tener consigo un cambio en la práctica⁷, y además presupone que el conocimiento que adquirimos por inferencia a través del método empírico es el mejor del que se pueda disponer, en tanto no existe un punto externo desde el cual pueda ser evaluado, y así mismo, erradica la indeterminación y permite la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Conclusión

Cuestionar el papel de las normas y las razones jurídicas en el derecho parece un acto por lo menos arriesgado, pero el ejercicio que plantean los realistas da muestra de que la realidad jurídica que percibimos en muchas ocasiones no permite que se justifique y explique por sí misma. Desde el punto de vista de los realistas, el derecho está lleno de incertidumbre irracional e incausal, que son dos características que no permiten tener seguridad en el conocimiento que nos ofrecen las razones jurídicas. La propuesta estudiada plantea la búsqueda de la seguridad en el conocimiento del derecho a través de métodos empíricos que buscan una verificación de la información para dar un resultado certero, que en la práctica debe de significar un sistema jurídico predecible y eficiente.

Referencias

- Cohen, F. (1935). Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, 35, 809-849. <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/cohen-transcendental.pdf>.
- Fabra, J. y Núñez, Á. (2015). Realismo jurídico estadounidense. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1, 241-276. ISBN: 978-607-02-6675-1. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>.
- Frank, J. (1931). "Are judges humans? Part 1: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. *Universidad de Pensilvania law review*, 17, 26-29. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol80/iss1/3/.
- Leiter, B. (2011). Naturalized jurisprudence and american legal realism revisited. *Law and Philosophy*, 30(4), 499-516. <https://www.jstor.org/stable/41486996>.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del Derecho* (G. Battista, Trad.). Marcial Pons.
- Leiter, B. (2020). What Is a Realist Theory of Law?. *Periódica Del Colegio de Jurisprudencia*, 25. ISSN: 2528-7834. <https://doi.org/10.18272/iu.v25i25.1631>.
- Marzocco, V. (2018). El realismo jurídico americano. Perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas. *Derechos y libertades: Revista del instituto Bartolomé de las casas*, 39, 157-176. ISSN: 1133-0937. <https://doi.org/10.14679/1085>.
- Moore, T. (1929). An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking. *Yale law journal*, 38, 703-709. ISSN: 0044-0094. <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol38/iss6/1/>.
- Núñez, Á. (2010). *El realismo jurídico de Brian Leiter*. http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2010_n10/3-09_studi_A_Nunez_Vaquero.pdf.