



¿DECIDEN LOS JUECES POR RAZONES POLÍTICAS?

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO*
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Recibido el 20 de marzo de 2012 y aprobado el 23 de agosto de 2012

RESUMEN

En contra de lo que afirma un determinado tipo de realismo jurídico poco advertido, el presente trabajo pretende mostrar que al menos en algunas de las ocasiones en las que el derecho se encuentra indeterminado – son razones jurídicas, y no políticas, las que mejor explican las decisiones judiciales. Para ello se analiza, en primer lugar, la tesis de la indeterminación del derecho, distinguiendo entre sus varios aspectos, y diferenciándola respecto del fenómeno de los desacuerdos. Luego se explica en qué sentido las razones jurídicas explicarían los casos en los que el derecho se encuentra determinado. A continuación se arguye que, al menos en algunas ocasiones, son razones jurídicas las que mejor explican las decisiones judiciales cuando el derecho se encuentra indeterminado. Por último, se aboga por la interdisciplinariedad a la hora de explicar, y preve, las decisiones judiciales.

PALABRAS CLAVE

realismo jurídico, preferencias políticas, razones jurídicas, indeterminación, predicciones.

* Este trabajo fue elaborado, en su primera redacción, durante mi periodo como investigador Post-doctoral de la Universidad Carlos III de Madrid (y miembro del Grupo de Investigación del Derecho y la Justicia (GIDYJ)), y fue finalizado una vez que me incorporé a la Universidad Austral de Chile. Este trabajo es deudor de los comentarios que me realizaron los colegas de las universidades Carlos III de Madrid y Austral de Chile, y de dos seminarios celebrados en la Università degli Studi di Genova (y de aquellas personas que me mandaron sus comentarios por escrito) y en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. A todos ellos, mi más sentido agradecimiento. Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com

DO JUDGES DECIDE FOR POLITICAL REASONS?

ABSTRACT

Contrary to the assertions of a certain type of legal realism, this paper seeks to demonstrate that - at least in some of the cases in which the law is indetermined - the legal and not the political reasons, are the best to explain judicial decisions. In order to do so, first, the thesis of the indeterminacy of law is examined, distinguishing between its various aspects, and differentiating it from the disagreements. Then, the sense the legal reasons explain the cases in which the law is determined is explained. Subsequently, it is argued that, at least sometimes, legal reasons are the best to explain the judicial decisions when law is indeterminate. Finally, interdisciplinary nature to explain, and forecast, judicial decisions is advocated.

KEY WORDS

legal realism, political preferences, legal reasons, legal indeterminacy, predictions.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las teorías del derecho que ha prestado mayor atención a las relaciones entre derecho y política es sin duda el realismo jurídico (ZAMBONI, 2006). No solo los movimientos históricos o clásicos del realismo jurídico estadounidense y escandinavo – han subrayado dicha conexión, sino que también movimientos realistas más recientes genoveses, franceses y el *New Legal Realism* – y otras corrientes o escuelas que se reconocen (o pueden ser reconocidas) como herederas del realismo jurídico *Critical Legal Studies*, *Law and Politics* o *Law and Society* – han subrayado dicha conexión.

De entre todos los aspectos de la teoría jurídica realista, uno en el que los vínculos entre derecho y política son más sólidos es la teoría (normativa) de la ciencia jurídica realista (NÚÑEZ VAQUERO, 2012). Esto es, la tesis según la cual los estudiosos del derecho *deben* describir el conjunto de las normas aplicadas y sentidas como obligatorias por los jueces (ROSS, 1997: 40-41)¹. Dado que describir el derecho vigente implica realizar predicciones acerca de las futuras decisiones

¹ Frente a lo que piensan algunos realistas que defienden un modelo de ciencia jurídica realista puramente comportamental, no resulta conveniente deshacerse del sentimiento de obligatoriedad de los jueces porque, en otro caso, no sería posible prever la aplicación de normas (que derivan de disposiciones normativas) nuevas o de normas que tienen un antecedente que se produce solo excepcionalmente. Esto es, normas que aún no han sido utilizadas para justificar ninguna decisión judicial.

judiciales², el estudioso del derecho positivo *debe* identificar cuáles son los factores que llevan a los jueces a elegir una determinada solución en detrimento de otras respuestas jurídicamente posibles³. Esto, por supuesto, presupone que el derecho al menos en algunas ocasiones – no ofrece solo una respuesta para el caso (individual o genérico), es decir, que se encuentra indeterminado.

Mi objetivo en el presente trabajo es discutir una tesis acerca de la relevancia de las posiciones políticas de los jueces a la hora de explicar (y predecir) sus decisiones. En particular, quiero analizar una tesis bastante extendida en la vulgata del realismo jurídico, pero también propia de un cierto tipo de realismo jurídico poco advertido (que aquí consideraré como equivalentes). A saber: toda vez que el derecho se encuentra indeterminado, los jueces recurren a consideraciones políticas para elegir entre las diferentes respuestas jurídicamente posibles o justificables. Lo que trataré de mostrar es que las razones jurídicas sirven para explicar las decisiones judiciales no solo en los casos en los que está determinado–, sin– también cuando el derecho se encuentra indeterminado, o al menos en algunos de estos casos. Más en concreto: sostendré que los jueces consideran, al menos en algunas ocasiones, tesis teóricas y dogmáticas (razones jurídicas de segundo orden) como razones últimas y concluyentes, y que es con base en aquellas que podemos explicar (y prever) sus decisiones.

2.- LA VULGATA REALISTA (Y EL REALISMO JURÍDICO POCO ADVERTIDO)

Para entender el alcance de esta tesis lo primero que hay que hacer es aclarar qué significa afirmar que el derecho se encuentra indeterminado. Por tesis de la indeterminación del derecho podemos entender (LEITER, 1995; LEITER, 2012a: 35 ss.) la tesis según la cual el conjunto de razones jurídicas permite justificar calificaciones jurídicas incompatibles para un mismo caso. Esto es, el derecho proporciona suficientes razones para afirmar que la misma conducta tanto genérica como individual – está permitida, obligada o prohibida (o no recibe calificación jurídica alguna).

² No parece que sea muy interesante limitarse a describir las decisiones pasadas porque los jueces pueden modificar, y de hecho modifican, cómo resuelven tipos de controversias similares. Tampoco parece que sea posible decir nada sobre las decisiones del momento presente ya que, dicho de forma metafórica, el presente se nos escapa entre los dedos: aunque se trate de una predicción sobre un futuro muy cercano, también determinar qué decidirán los jueces para una controversia ya en curso constituye una predicción (ROSS, 1997: 45). Acerca de los diferentes significados del término “certeza” y de los posibles objetos de predicción, véase BULYGIN 1991, GOMETZ 2013, pero también LIFANTE 2013.

³ La política no es relevante para los realistas jurídicos solo desde el punto de vista de la ciencia jurídica. Por el contrario, es también posible sostener que – al menos buena parte de – los realistas jurídicos sostuvieron un método para decidir los casos difíciles. He sostenido dicha tesis en NÚÑEZ VAQUERO, 2013.

Uno de los problemas más importantes a este respecto consiste en determinar precisamente cuál es el “conjunto de las razones jurídicas”. Por “razones jurídicas” podemos entender el conjunto de razones que pueden ser legítimamente argüidas por un juez en un proceso judicial (en sentido amplio) como argumentos en favor de una determinada decisión (LEITER, 2012a: 43). Tal conjunto de razones jurídicas, al menos en las culturas jurídicas de nuestro entorno, está constituido por los siguientes tres elementos⁴:

- a) El conjunto de enunciados normativos designados por la regla de reconocimiento hartiana (HART, 2004), esto es, las disposiciones normativas que provienen de las autoridades normativas, identificadas previamente por la aplicación judicial de una norma consuetudinaria que señala los enunciados normativos de determinadas autoridades normativas como fuentes del derecho.
- b) El conjunto de los métodos e instrumentos de interpretación, aplicación y transformación de dichos enunciados, vigentes en la comunidad jurídica en un determinado momento. Es decir, el o los métodos jurídicos admitidos como legítimos en la comunidad jurídica⁵ para las actividades desarrolladas por los operadores jurídicos.
- c) El conjunto de tesis teóricas y dogmáticas presentes en la comunidad jurídica. Esto es, un conjunto de tesis teóricas (acerca de qué es el derecho, qué es interpretarlo, qué es aplicarlo, etc.) y dogmáticas (teoría general del delito, del acto administrativo, del contrato, etc.) formuladas a lo largo del tiempo por teóricos y estudiosos del derecho (la teoría del derecho y la dogmática jurídica). Dichas tesis y teorías están constituidas por un conjunto de conceptos y creencias que tanto orientan la interpretación y aplicación del derecho como sirven para derivar normas implícitas en el ordenamiento (GUASTINI, 2012: p. 70 ss.).

Lo que afirma la tesis de la indeterminación del derecho es que el conjunto de las fuentes del derecho, los métodos jurídicos, junto con las tesis teóricas y dogmáticas vigentes en la comunidad jurídica, permiten decidir la misma controversia de maneras incompatibles. Es decir, no se trata de que quepa la posibilidad de decidir más allá de lo prescrito por el derecho o que de hecho los jueces decidan más allá del derecho (o que se equivoquen – sino que el derecho (el conjunto de las razones jurídicas) contiene instrumentos suficientes para decidir, justificadamente, el mismo caso de maneras incompatibles.

⁴ Es preciso señalar que Brian Leiter, en quien me baso para reconstruir la tesis de la indeterminación del derecho, identifica extensionalmente otras como la clase de las razones jurídicas. Para una discusión de este punto véase *infra* 4.

⁵ Por supuesto, cuáles son los métodos efectivamente considerados como legítimos, así como quienes son los miembros de la “comunidad jurídica” que tienen que considerar como legítimos dichos métodos, son cuestiones controvertidas pero que no es necesario discutir aquí.

La tesis de la indeterminación del derecho tiene en realidad dos aspectos: la tesis de la indeterminación racional y la tesis de la indeterminación causal del derecho. La primera de ellas (tesis de la indeterminación racional) afirma – como acabamos de ver – que el conjunto de las razones jurídicas permite decidir la misma controversia de maneras incompatibles. La segunda (tesis de la indeterminación causal) afirma que si las razones jurídicas permiten decidir la misma controversia de formas incompatibles, entonces tampoco son suficientes para explicar por qué los jueces optan por una de las posibles decisiones jurídicas en detrimento del resto. No sucedería, sin embargo, lo contrario: es posible que el derecho se encuentre determinado pero que las razones jurídicas no motiven a los jueces. Es decir, es posible que el derecho indique una sola respuesta correcta pero que los jueces no sientan el derecho como obligatorio, y decidan más allá del marco de las respuestas jurídicas posibles (LEITER 2012a: 45).

Si lo que pretendemos es como *debería* pretender la ciencia jurídica realista (NÚÑEZ VAQUERO, 2012 – realizar predicciones acerca de cómo decidirán los jueces las futuras controversias, entonces es necesario explicar por qué los jueces eligen una de las posibles respuestas jurídicamente posibles en detrimento de otras respuestas. Nótese que, si es posible identificar las razones que llevan a los jueces a elegir entre una de las posibles decisiones jurídicas, entonces seremos capaces de realizar predicciones sobre cómo decidirán las futuras controversias⁶.

Pues bien, la vulgata del realismo jurídico (y el realismo poco advertido) afirma que los jueces, toda vez (o en la mayoría de los casos en los) que se encuentran frente a casos para los que el derecho está indeterminado, deciden con base en sus preferencias políticas (SEGAL y SPAETH, 2002; LEITER, 2012a: 52 ss; SÁNCHEZ CUENCA, 2011: 285; BASABE SERRANO, 2009: 123). Es decir, si bien el derecho no se encuentra indeterminado en todos los casos (aquellos sobre los que nadie discute), cuando el derecho está indeterminado los jueces deciden las controversias por razones políticas (al menos en la mayoría de ocasiones).

Es posible preguntarse si esta tesis – según la cual toda vez que el derecho está racionalmente indeterminado los jueces deciden por razones política – tiene carácter general, o si bien está limitada únicamente a un determinado tipo de casos: aquellos juzgados por los tribunales de última instancia. Lo cierto es que buena parte de estos autores que suscriben este realismo jurídico poco advertido suelen basar sus afirmaciones en estudios sobre las decisiones de los más altos tribunales. No obstante, en la medida en que afirman (o presuponen) que el derecho está indeterminado solo en los casos en los que existe un desacuerdo, es plausible suponer que esta tesis no se refiere únicamente a las decisiones de dichos tribunales (véase *infra* 3). Es decir, si bien la tesis no tiene carácter general, no parece que

⁶ Con la salvedad, claro está, de que seamos también capaces de determinar cómo reconstruirá el órgano de aplicación los hechos del caso. A este respecto, véase FRANK, 2001.

aquella se limite únicamente a los casos analizados por los tribunales de última instancia.

Antes de analizar qué pape juegan las razones jurídicas y las razones políticas en la predicción de las decisiones judiciales es necesario realizar dos precisiones previas acerca de qué significa afirmar que los jueces eligen entre las diferentes respuestas jurídicamente posibles con base en razones políticas.

La primera precisión es que frecuentemente tiende a confundirse la relevancia política de una determinada decisión con el hecho de que los jueces elijan entre decisiones jurídicas en competición por razones políticas. Desde luego, la mayoría de las decisiones de los órganos de aplicación especialmente los de última instancia – tienen relevancia política. Sin embargo, de aquí no podemos concluir que los jueces decidan por razones políticas: aquello que convierte en política una decisión no son sus consecuencias, sino que sea la conclusión de un razonamiento entre cuyas premisas figuran razones políticas. En este sentido, hay que señalar que es posible decidir una controversia que tenga importantes consecuencias políticas por razones que nada tienen que ver con ninguna razón de orden político. Por poner un solo ejemplo extremo: es perfectamente posible decidir si el aborto está constitucionalmente protegido según la Constitución española de 1978 lanzando una moneda al aire⁷. Cuestión diferente es que consideremos justificada una decisión de este tipo (COMANDUCCI, 2002: 109).

La segunda precisión es que cuando afirmamos que los jueces deciden por razones políticas no está en absoluto claro qué son esas “razones políticas”. La expresión “razones políticas” puede significar múltiples cosas: desde cualquier preferencia dentro del ámbito público, hasta decisiones de tipo partidista, al que habría que acompañar un larguísimo etcétera. Aquí no intentaré dar cuenta de los múltiples significados que puede asumir el concepto de “razones” y, menos aún, “políticas”⁸. Por el contrario, acotaré a dos estos posibles significados: a) “razones políticas” como vinculación al conjunto de directrices normativas sostenidas por un partido político; b) “razones políticas” como una determinada concepción de lo justo⁹.

⁷ Un método como este tiene, por supuesto, un claro componente político en la medida que se deja al azar la solución final de la controversia. Ahora bien, qué decisión será finalmente adoptada no dependerá, si utilizamos este método de decisión, de las razones políticas sustantivas en juego.

⁸ Por “razón” estoy entendiendo un contenido proposicional que justifica (desde el punto de vista del razonamiento práctico), al menos *prima facie*, la adopción de una determinada acción. Las razones, además de este aspecto justificativo, tienen también otro de carácter explicativo. Una razón contará como razón explicativa cuando un agente asuma aquella – es decir, la utilice – como razón justificativa y sirva para explicar (predecir) la acción.

⁹ No parece que sea una buena idea recurrir al segundo significado de “razones políticas”. Ello porque, si configuramos las razones políticas de este modo, resultarían equivalentes a las razones morales. De este modo, o bien las distinguimos ulteriormente de las razones morales (lo que requeriría de un espacio del que aquí no disponemos), o bien la cuestión remite a la relación entre derecho y moral. Por esta razón aquí asumiré la primera concepción, y por “razones políticas” entenderé el conjunto de directrices normativas inculcadas por un grupo político, tanto si se trata de un partido político como de asociaciones de jueces y magistrados.

Por supuesto, estos dos sentidos de “razones políticas” no son simétricos: mientras que el primer criterio identifica las razones políticas por razón de su fuente (provenientes de un grupo o asociación de carácter político), el segundo equipara las razones políticas a una determinada concepción de la justicia. Es más, son las “razones políticas” en el segundo sentido las que determinan el contenido de las preferencias de las agrupaciones o partidos.

No obstante, la anterior distinción es pertinente en la medida en que autores como Spaeth y Segal (SEGAL y SPAETH, 2002) han sostenido que el factor que mejor explicaría las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos es cuál sea el partido de pertenencia del Presidente que nombró a cada uno de sus magistrados. Esta tesis podría ser simplemente tachada de generalización indebida si no fuera porque, con base en esta hipótesis, han conseguido prever alrededor del 75% de las decisiones judiciales del Tribunal Supremo¹⁰.

Sin embargo, ya algunos autores como Schauer (SCHAUER, 2013: 151), Milles y Sunstein (MILLES y SUNSTEIN, 2007) han señalado como, pese a su éxito predictivo, esta (hipó)tesis es susceptible de diferentes críticas. Dado que también otros estudiosos sostienen que la mejor explicación de las decisiones de los órganos jurídicos se basa, cuando el derecho está indeterminado, en la ideología de los partidos (o Presidente) que nombraron a jueces y magistrados (por ejemplo, SÁNCHEZ-CUENCA, 2011: 285), las siguientes críticas también serían aplicables a aquellos.

La primera crítica afirma que se produce un importante efecto selección ya que este tipo de estudios y la atención mediática – se centran en las controversias que son sometidas a la Corte Suprema de los Estados Unidos (o a otros tribunales de última instancia). Dichas controversias suelen afectar al contenido de la Constitución por lo que es normal que se resuelvan con base en razones políticas. Ahora bien, incluso aunque la tesis fuera verdadera (lo que es discutible), de aquí no podemos inferir que el resto de controversias de los diferentes grados judiciales (aunque limitemos la afirmación solo a los casos que superan la primera instancia) y de todas las ramas del ordenamiento (penal, civil, constitucional, procesal, administrativo, etc. – se decidan con base en razones políticas (MILLES y SUNSTEIN, 2007).

¹⁰ En la opinión pública española se produjo un pequeño escándalo cuando algunos periódicos publicaron la foto de tres miembros del Tribunal constitucional –dos del bloque “conservador”, y uno del bloque “progresista”– en la Plaza de toros de Sevilla el pasado 27 de abril de 2010. A raíz de la publicación en portada de dicha foto, muchos periodistas sugirieron que ya se sabía que iba a decidir el Tribunal en relación a la constitucionalidad del *Estatut* de autonomía de Cataluña. Fueron muchos los juristas prácticos y teóricos (como también intelectuales y hasta la propia Presidenta del Tribunal Constitucional en aquel momento) a quienes les pareció que la publicación de la foto atentaba contra el Tribunal. No obstante, lo grave es que la mayoría de los periodistas no se equivocaron en su predicción sobre el sentido final de la decisión del Tribunal.

En segundo lugar, este tipo de estudios suelen presentar las decisiones judiciales como binarias, siendo únicamente dos las posiciones que pueden adoptar los jueces. Si bien esto simplifica y facilita mucho la predicción de las decisiones, lo cierto es que las cosas son más complicadas: desde el momento en que los tribunales constitucionales (y otros órganos que cumplen funciones similares) han comenzado a realizar sentencias interpretativas, aditivas e interpretaciones correctoras, no parece posible limitar las posibles respuestas de un tribunal solo a dos, menos aún en este tipo de tribunales (BELOCCI y GIOVANNETTI, 2010). Además, tampoco dan cuenta de un paso fundamental en las resoluciones de dichos tribunales: la admisión a trámite.

A estas críticas es preciso añadir otra de mayor calado, de carácter conceptual, y que tiene que ver precisamente con la tesis de la indeterminación del derecho. En particular, discutiré la tesis según la cual cuando el derecho está indeterminado, las razones jurídicas no sirven para explicar la decisión judicial. Lo que voy a sostener es que, al menos en algunas ocasiones en las que el derecho se encuentra indeterminado, las razones jurídicas efectivamente sirven para explicar satisfactoriamente las decisiones judiciales.

Aquí es crucial qué entendamos por “explicar satisfactoriamente”. Los realistas jurídicos, en la medida que asumen una epistemología radicalmente empirista o, si se prefiere, naturalista (LEITER, 2012: 49 ss; SPAAK, 2009 – parecen comprometidos con la tesis según la cual una explicación satisfactoria de un evento o acción (como una decisión judicial) es aquella que identifica los factores causalmente suficientes que la provocan¹¹. Ahora bien, desde este punto de vista, si es posible identificar los factores que llevan a los jueces a elegir entre una de las posibles decisiones jurídicas, entonces será posible realizar predicciones sobre cómo decidirán las futuras controversias¹².

Lo que voy a sostener ahora es que las razones jurídicas pueden servir para explicar y predecir – algunas decisiones judiciales en los casos en los que el derecho se encuentra indeterminado. Pero para entender cómo las razones jurídicas pueden explicar las decisiones judiciales cuando el derecho está indeterminado, es preciso que nos preguntemos antes en qué sentido las razones jurídicas pueden explicar las decisiones cuando el derecho se encuentra determinado¹³.

¹¹ No se trata obviamente del único criterio para considerar como satisfactoria una explicación desde el punto de vista empirista, pero este criterio tiene sin duda carácter definitivo. Sobre el resto de criterios, véase LEITER 2012b: 98.

¹² Con la salvedad, claro está, de que seamos también capaces de determinar cómo reconstruirá el órgano de aplicación los hechos del caso. A este respecto, véase FRANK, 2001.

¹³ Una respuesta satisfactoria a esta cuestión requeriría, en realidad, una investigación de tipo empírico que mostrara cómo, efectivamente, las decisiones judiciales en estos casos pueden ser previstas con base en el conjunto de las razones jurídicas. Aquí no presentaré estudios ni datos que avalen dicha tesis sino que limitaré a señalar que es conceptual (y empíricamente) posible que las razones jurídicas expliquen satisfactoriamente las decisiones judiciales.

3.- ¿PUEDEN LAS RAZONES JURÍDICAS EXPLICAR LOS CASOS EN LOS QUE EL DERECHO ESTÁ DETERMINADO?

Para comenzar a analizar la cuestión lo primero que hay que hacer es recordar que ningún realista jurídico ni siquiera Frank (FRANK, 2001: 45, 129 – sostiene que el derecho se encuentra radicalmente indeterminado en todos los casos, y que no haya casos sobre los que nadie duda. Parece obvio que hay casos en los que el derecho se encuentra determinado, no existe un desacuerdo sobre cuál es la decisión correcta, y en los que las razones jurídicas servirían por tanto para explicar la decisión (LEITER, 2012b: 86).

Sin embargo, esta tesis es equívoca y quienes la sostienen en ocasiones confunden el hecho de que existan desacuerdos en la comunidad jurídica con que el derecho se encuentre indeterminado. En efecto, en muchas ocasiones se tiende a identificar la tesis de la indeterminación del derecho con la existencia de desacuerdos en la comunidad jurídica (LEITER 2012b: 86-87). Esta es la idea, por ejemplo, que subyace a la tesis común entre algunos realistas estadounidense – según la cual el derecho se encontraría indeterminado únicamente en los casos que superan la primera instancia judicial.

Se trata, no obstante, de una mala reconstrucción de la tesis de la indeterminación racional del derecho, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque parece que esta idea no permite dar cuenta de aquellos casos por lo demás, frecuente – en los que una determinada doctrina o corriente jurisprudencial se ha convertido en dominante pero, sin embargo, no se trata de la única decisión jurídicamente posible (indeterminación sin desacuerdo). Basta pensar, por ejemplo, a la decisión de un tribunal constitucional que opta por una de las posibles decisiones jurídicas para un caso de conflicto entre derechos en los primeros años de vigencia de una constitución. Ahora bien, del hecho de que una determinada jurisprudencia se haya asentado no se sigue que el derecho se encuentre determinado: es posible que el conjunto de razones jurídicas permita presentar como justificada otra decisión basada en otra interpretación del texto constitucional. Es más, es posible que el tribunal modifique su propia doctrina expresa o subrepticamente – resolviendo otro caso difícil similar de forma distinta (e incompatible)¹⁴, basándose por ejemplo en otro criterio interpretativo o en otra tesis dogmática¹⁵.

¹⁴ Podría objetarse que algunos tribunales constitucionales tienen el deber absoluto de respetar sus propios precedentes. No obstante, esta es una cuestión contingente y, a decir verdad, poco frecuente (y poco recomendable). Huelga decir que los tribunales tienen instrumentos suficientes – como el *distinguish* – para modificar su propia jurisprudencia.

¹⁵ Por ejemplo, dependiendo de qué concepto adoptemos de “vida”, podremos justificar diferentes calificaciones deónticas a acciones como el aborto o la eutanasia.

En segundo lugar, nada impide que —estando el derecho determinado— se produzca un desacuerdo entre dos posiciones de las cuales una supera el marco de las respuestas jurídicamente posibles (determinación con desacuerdo). Es decir, es posible que se produzca desacuerdo sin que el derecho se encuentre indeterminado. Por ejemplo, el caso en el que derecho no se encuentra indeterminado pero existe una corriente, doctrinal o jurisprudencial, que pretende subrepticamente modificarlo decidiendo más allá del marco de las respuestas jurídicas posibles.

Es por tanto posible que el derecho se encuentre indeterminado y que, no obstante, no exista ningún tipo de desacuerdo; o, por el contrario, que exista desacuerdo sin que el derecho se encuentre indeterminado (RATTI 2012: 326). En realidad, la noción de desacuerdo y aquella de indeterminación del derecho tienen carácter diferente y son independientes, pudiendo darse el uno sin la otra, y viceversa. Mientras que para que el derecho se encuentre indeterminado es suficiente con que sea posible justificar jurídicamente más de una respuesta para el caso (aunque esta posibilidad depende de la realidad empírica¹⁶), la existencia de desacuerdos depende enteramente de la realidad empírica: sobre si, de hecho, los juristas mantienen desacuerdos entre ellos acerca de cómo resolver una controversia¹⁷.

Desde el punto de vista de la tesis de la indeterminación racional del derecho, por tanto, un caso fácil no será aquel sobre el que no existe desacuerdo sino aquel para el que el derecho proporciona una única respuesta. Si estos casos son muchos o pocos no es algo importante aquí. Lo fundamental es saber si el conjunto de las razones jurídicas sirve para explicar las decisiones jurídicas que optan por la única respuesta jurídicamente posible, en el caso de que el derecho se encuentre determinado.

La pregunta no es baladí en la medida en que se podrían dirigir dos objeciones contra la tesis según la cual razones jurídicas pueden explicar las decisiones judiciales.

La primera de ellas es que sería razonable afirmar que las razones jurídicas no sirven para explicar las decisiones judiciales nunca: tampoco en los casos en los que el derecho está determinado. En efecto, es posible afirmar que aquello que explica la decisión judicial no es que para ese caso haya una sola respuesta jurídicamente posible sino un compromiso de carácter político por parte de los jueces en favor

¹⁶ Depende de la realidad empírica ya que si el derecho se encuentra racionalmente indeterminado depende de hechos: cuáles son las tesis teóricas y dogmáticas en competición en la comunidad, cuáles son los métodos interpretativos y argumentativos vigentes en la comunidad, y cuáles sean los enunciados emanados por las autoridades normativas.

¹⁷ Normalmente se considera que los desacuerdos interesantes son desacuerdos sobre el derecho. Ahora bien, a menos que estemos dispuestos a prescindir de la posibilidad de que los jueces se equivoquen o sean hipócritas, entonces parece posible afirmar que hay casos en los que derecho se encuentra determinado (ofrece una sola respuesta justificada) pero, aun así, se producen desacuerdos. Si así están las cosas, entonces sería conveniente definir el concepto de “desacuerdo” en términos puramente empíricos.

de las decisiones jurídicamente posibles. Dicho de otro modo: dado que los jueces siempre podrían haber optado por otra decisión que superase el marco de las decisiones jurídicas posibles, entonces aquello que explica la decisión no es que haya una sola respuesta jurídicamente posible, sino dicho compromiso práctico de los jueces.

Sin embargo, dicha tesis resulta excesiva ya que provoca un regreso al infinito: si buscamos cuál es la razón que explica por qué los jueces optan por la única decisión posible para un caso determinado recurriendo a la idea del compromiso práctico, entonces también deberíamos ofrecer alguna explicación sobre por qué los jueces asumen dicho compromiso práctico, y así sucesivamente. Esto es, deberíamos explicar las causas de las causas de dicho compromiso. Es por tanto necesario cortar en algún momento dicho regreso al infinito. Una buena idea para parar dicho regreso es asumir el concepto de explicación como identificación de factores causalmente suficientes, los cuales bastarían para realizar una predicción.

La segunda objeción consiste en afirmar que esta tesis confunde contexto de justificación con contexto de descubrimiento. En efecto, según el neo-empirismo lógico las razones no pueden ser consideradas como elementos válidos para la explicación de un evento y, menos aún, para su predicción. No obstante, aquí se asume una posición naturalista de tipo metodológico, en su versión de la continuidad en los resultados. Más en particular: sostengo que debemos aceptar dentro de nuestra metodología cualquier entidad que permita llegar a resultados análogos a aquellos de las ciencias empíricas más exitosas, esto es, aquellas con mayor capacidad predictiva¹⁸. Por tanto, el uso de razones para realizar explicaciones quedaría justificado en la medida en que fueran suficientes para realizar predicciones exitosas¹⁹.

Por tanto, un caso será explicado por razones jurídicas en la medida en que sea posible predecir las decisiones judiciales recurriendo únicamente a este tipo de razones. Y parece plausible afirmar que, al menos en los casos en los que el derecho

¹⁸ A diferencia de Leiter, yo no considero que debamos aceptar en nuestra epistemología (especialmente en cuanto juristas) solo las mismas entidades que presuponen las disciplinas más exitosas, sino todas aquellas necesarias para obtener el mismo éxito que las disciplinas con mayor capacidad explicativa. Ello porque, desde un punto de vista no-fundacionalista, no es posible afirmar que la ciencia nos proporcionan el conocimiento “verdadero”, pero sí que es el conocimiento más relevante en todas nuestras acciones (relevancia práctica). Por ejemplo, nos montamos en un avión porque confiamos que ha sido diseñado y construido con base en un conocimiento científico. Ahora bien, el conocimiento científico tiene dicha relevancia práctica precisamente porque tiene una gran capacidad predictiva. De este modo, por tanto, parece posible concluir que aquello que caracteriza a las disciplinas en las que mayor confianza depositamos en la práctica es su mayor capacidad predictiva. Siendo así las cosas, aquello sobre lo que debería haber continuidad no es en el método, sino en la equivalencia de los resultados alcanzados: un grado aceptable de éxito predictivo.

¹⁹ Este punto requeriría mayores explicaciones pero no es éste el lugar indicado. Sin embargo, deseo señalar que, desde este punto de vista, debemos rechazar –por parecer sospechosamente *ad hoc*– cualquier explicación de un evento o acción que no sirva para realizar predicciones de eventos o acciones futuras. Soy consciente de que mis tesis se acercan en este ámbito al monismo anómalo de Donald Davidson (DAVIDSON, 1992).

no se haya indeterminado, el conjunto de las razones jurídicas puede servir para realizar predicciones. De hecho, no resulta infrecuente que los juristas hagan predicciones exitosas sobre futuras decisiones judiciales basándose exclusivamente en razones jurídicas.

4.- ¿SIRVEN LAS RAZONES JURÍDICAS PARA EXPLICAR LOS CASOS EN LOS QUE EL DERECHO ESTÁ INDETERMINADO?

El problema surge cuando intentamos explicar las decisiones judiciales pero el derecho está indeterminado. En este caso parece necesario recurrir a consideraciones no jurídicas para intentar explicar por qué los jueces adoptan una de las posibles soluciones jurídicas. Aquí es precisamente donde se inserta la tesis del realismo jurídico poco advertido (y de la vulgata realista): el factor que mejor explicaría las decisiones judiciales cuando el derecho se encuentra indeterminado es la afiliación política de los jueces²⁰.

El problema es que este tipo de realismo poco advertido descarta demasiado rápidamente (mediante un argumento conceptual relativo a la tesis de indeterminación causal del derecho, como hemos visto) las explicaciones de las decisiones judiciales basadas en razones jurídicas cuando el derecho se encuentra indeterminado: si las razones jurídicas permiten justificar diferentes decisiones, entonces dichas razones no sirven para explicar la elección de una de dichas decisiones posibles. La razón es que este realismo jurídico poco advertido presupone, sencillamente, que el formalismo jurídico ha desaparecido y que no tiene ninguna vigencia. Sin embargo, esto es más que discutible en muchas de nuestras culturas jurídicas.

Por “formalismo jurídico”, obviamente, podemos entender cosas muy diferentes (ATIENZA 2011; TARELLO, 1974). Aquí me limitaré a definirlo²¹ como la tesis según la cual razones jurídicas de segundo orden –tesis teóricas o dogmáticas– justifican concluyentemente un determinado balance de las razones jurídicas. Es decir, razones jurídicas de segundo orden funcionan como razones concluyentes en favor de una determinada solución para resolver el caso particular.

Por “razón jurídica de segundo orden” entiendo una razón jurídica –es decir, un argumento que puede ser legítimamente aducido en una controversia judicial

²⁰ Esta tesis puede ser entendida en sentido amplio. Cuando no son órganos de representación política, como el Consejo General del Poder Judicial español, quienes nombran a una parte de los magistrados del Tribunal constitucional, podemos sustituir la filiación partidista por la afiliación a una de las asociaciones de jueces y fiscales (SÁNCHEZ-CUENCA, 2011: 285 n 2).

²¹ No es mi intención atribuir ninguna connotación negativa o peyorativa a la expresión “formalismo jurídico”. No adopto aquí ninguna posición crítica respecto a tal manera de concebir las razones jurídicas.

(en sentido amplio)– que no versa directamente sobre el contenido del derecho sino sobre su ontología, estructura y función (tesis teóricas), o sobre la estructura y función una parte del ordenamiento (derecho penal, derecho de contratos, derecho financiero). Es decir, razones de orden jurídico que no tienen por objeto el contenido del derecho pero son utilizadas para justificar la elección entre las diferentes respuestas jurídicamente posibles (con base en el resto de razones jurídicas). Identifico estas razones jurídicas de segundo orden con lo que más arriba he denominado tesis teóricas y tesis de dogmática jurídica (*supra* 2).

Sin embargo, la expresión “tesis dogmática” es ambigua, y puede hacer referencia tanto a cualquier tesis acerca del contenido del derecho como tesis que no versan directamente sobre el contenido del derecho. En este sentido, puede ser útil distinguir entre –recuperando una feliz distinción de Uberto Scarpelli (SCARPELLI, 1983)– “alta” y “baja” dogmática. Por “baja dogmática” podemos entender aquel conjunto de tesis que tienen por objeto el contenido de un determinado ordenamiento: el contenido del conjunto de normas válidas y/o aplicables en un sistema jurídico. Por “alta dogmática”, por el contrario, podemos entender el conjunto de tesis que no hacen referencia directamente al contenido de ningún ordenamiento en particular sino a conceptos e instituciones de carácter más general relativas a una parte del ordenamiento, y que generan las llamadas “teorías generales” de las ramas del derecho (teoría general del tributo, del delito, del contrato, etc.). Las tesis dogmáticas que pueden ser caracterizadas como razones jurídicas de segundo orden son solo las tesis de alta dogmática.

Es importante aclarar este punto porque se podría pensar que la distinción entre razones jurídicas de primer y segundo orden es puramente funcional, y no estructural²². Sin embargo, no es éste el caso. Antes bien, las razones jurídicas de segundo orden no solo sirven para justificar la elección de una razón jurídica de primer orden (aspecto funcional) sino que, además, aquellas no versan directamente sobre la calificación deóntica de ningún caso, genérico ni individual (aspecto estructural). Esto es, no califican jurídicamente ni siquiera *prima facie* ninguna conducta. Por ejemplo, cuál sea la teoría del delito que suscriba un dogmático todavía no nos dice nada sobre qué conductas están permitidas o prohibidas en un ordenamiento, pero juega un papel determinante a la hora de justificar y elegir entre las diferentes respuestas jurídicamente disponibles.

Volvamos a la tesis del realismo jurídico poco advertido y al formalismo jurídico. Pues bien, lo que sostiene (o presupone) este realismo poco advertido es que no hay jueces que consideran una de estas razones jurídicas de segundo orden como una razón concluyente para elegir entre una de las decisiones jurídicamente posibles.

²² Este punto me fue señalado en un seminario en el Departamento de Cultura Giuridica Giovanni Tarello de la Università degli Studi di Genova en Febrero de 2013. Agradezco a todas las personas que participaron en dicho seminario por sus valiosos e interesantes comentarios.

Sin embargo, es conceptualmente posible (y empíricamente frecuente en algunas de nuestras culturas jurídicas) que los jueces opten por una determinada solución en detrimento de otras porque consideran una tesis teórica o dogmática como razón concluyente.

Mi tesis no es que los jueces normalmente no hacen referencia a valores políticos en la redacción de sus decisiones, lo que resulta, por lo demás, obvio. Antes bien, lo que sostengo es que los jueces en ocasiones efectivamente utilizan (sinceramente) alguna razón jurídica de segundo orden como una razón concluyente para resolver el conflicto entre el resto de razones jurídicas (y así lo expresan, además, en la redacción de sus decisiones). Es decir, consideran una determinada tesis teórica (por ejemplo: qué es el derecho, cuáles son sus funciones, cómo debemos interpretarlo) o dogmática (por ejemplo: cuáles son las condiciones necesarias para la existencia de un contrato, cuáles son los requisitos para la subsistencia del acto administrativo, cuáles son las funciones del Jefe del Estado en una democracia parlamentaria) como una razón concluyente para elegir entre una de las respuestas jurídicamente posibles.

Sin embargo, es preciso señalar que por el hecho de los jueces consideren una razón jurídica de segundo orden como razón concluyente para justificar su decisión no se sigue todavía que el derecho esté racionalmente indeterminado. Antes bien, en la medida en que haya más de una tesis teórica o dogmática que justifique la adopción de soluciones jurídicas diferentes para el caso, el derecho seguirá estando racionalmente indeterminado. Es decir, la comunidad jurídica puede considerar que hay más de una razón jurídica de segundo orden de carácter concluyente.

Imaginemos, por ejemplo, un ordenamiento O, en el que se debe resolver la controversia C, con base en los enunciados normativos E1 y E2; la interpretación de dichos enunciados, con base en el criterio interpretativo coherentista T1, defendida por la tesis (teórica o dogmática) R1, justifica la decisión D1; la interpretación de dichos enunciados, con base en el criterio interpretativo intencionalista T2, defendida por la tesis (teórica o dogmática) R2, justifica la decisión D2²³. Dado que en la comunidad jurídica están vigentes los criterios interpretativos T1 y T2, y que las tesis R1 y R2 son defendidas en tal comunidad jurídica, es posible decidir justificadamente tanto D1 como D2. Es decir, no es que las razones jurídicas no permitan en este caso justificar ninguna solución, sino que permiten justificar más de una, por lo que se puede afirmar que el derecho se encuentra racionalmente indeterminado.

²³ Imaginemos que la tesis normativa R1 afirma que, dado que el derecho es una práctica dinámica en la que los participantes tienen pretensiones de corrección, el derecho (sus fuentes) debe ser interpretado conforme a criterios coherentistas (T1); según la tesis normativa R2, el derecho es básicamente un conjunto de mandatos provenientes de la autoridad normativa, de manera tal que debe ser interpretado (sus fuentes) conforme al criterio intencionalista.

Ahora bien, llegados a este punto se podría objetar que es perfectamente posible que alguien sostenga razones jurídicas de segundo orden (por ejemplo, R2) por razones puramente políticas: por ejemplo, porque es un positivista ético que considera que es justo únicamente aquello que dice la autoridad. Esto –podría continuar la objeción– es un claro ejemplo de que razones políticas determinan las decisiones judiciales. De hecho, raramente los jueces hacen alusión a sus propias posiciones políticas y, por el contrario, suelen revestir sus decisiones mediante razones jurídicas de primer y segundo orden; es más, asumen razones jurídicas de segundo orden por razones políticas. La decisión judicial, en síntesis, continua siendo política en la medida en que se elige una razón jurídica de segundo orden con base en criterios de orden político.

Sin embargo, es posible distinguir ulteriormente entre quien suscribe una determinada razón jurídica de segundo orden por razones políticas de quien lo hace independientemente de cualquier consideración de tipo político. En efecto, mientras que para quien decide políticamente una controversia en la que el derecho se encuentra indeterminado las razones jurídicas no tienen un carácter último, para el formalista dichas razones –además de carácter concluyente– tienen carácter de últimas. Es decir, para el formalista no sólo no es necesario aducir más argumentos en favor de su tesis sino que tampoco es posible hacerlo (a menos de superar el ámbito de las razones que legítimamente se pueden aducir). Es precisamente por esta última razón que el formalista puede adoptar como última y concluyente una razón de segundo orden que justifica una decisión judicial contraria a sus propias preferencias políticas.

Negar esta tesis implicaría, por lo demás, rechazar la tesis según la cual los jueces en ocasiones deciden casos en los que el derecho se encuentra indeterminado en contra de sus propias preferencias políticas²⁴. No obstante, hay una amplia fenomenología de decisiones en las que los jueces, pese a que el derecho se encuentra indeterminado, eligen una determinada respuesta como la correcta jurídicamente, aunque no estén de acuerdo políticamente con su contenido.

Cuál sea la capacidad explicativa de estas razones jurídicas de segundo orden (R1 y R2) dependerá, de hecho, de cuándo sean asumidas como razones últimas y concluyentes por los jueces, lo que es una cuestión empírica contingente. Ahora bien, si explicar consiste en identificar factores causalmente suficientes, y los jueces –al menos en algunas ocasiones– deciden considerando alguna de las razones

²⁴ Merece la pena recordar un debate entre varios teóricos del derecho español sobre la interpretación del artículo 14 de la Constitución española. La cuestión objeto de debate fue si el artículo constitucional permitía o no establecer diferencias sobre el reconocimiento de derechos fundamentales a los extranjeros. Me parece obvio que ambas respuestas – que está prohibido o permitido – son respuestas jurídicamente posibles. Lo peculiar de este caso es que todos los participantes en el debate, incluidos aquellos que afirmaban que la Constitución permitía dichas diferencias, estaban de acuerdo en que políticamente era una idea que había que rechazar (HIERRO, 1995; RUIZ MIGUEL, 1995).

jurídicas de segundo orden como una razón concluyente (y última) para elegir entre las diferentes respuestas posibles, entonces podremos realizar predicciones (solo) con base en aquellas. Es decir, la explicación de la decisión deberá realizarse con base en estas razones jurídicas de segundo orden.

Por otro lado, contra la posibilidad de que razones jurídicas expliquen las decisiones judiciales cuando el derecho está racionalmente indeterminado podría dirigirse la misma crítica que hemos visto para la explicación de las decisiones judiciales en los casos en los que el derecho está determinado: debemos todavía explicar por qué los jueces son formalistas, o por qué asumen una determinada razón jurídica de segundo orden como razón concluyente. Sin embargo, aquí tendríamos que afrontar el mismo problema de regreso al infinito sobre las causas de las causas. De este modo, lo que resulta decisivo es si podemos realizar predicciones una vez que hemos identificado que los jueces adoptan como razón concluyente alguna de estas razones jurídicas de segundo orden²⁵.

Parece por tanto posible afirmar que las razones jurídicas sí explicarían –y podrían constituir base suficiente para realizar predicciones sobre– las decisiones judiciales en (algunos de los casos en) los que el derecho se encuentra indeterminado. Bien entendido: lo que explica las decisiones judiciales no son las razones jurídicas consideradas en su conjunto sino que los jueces consideren como concluyente y última alguna tesis teórica o dogmática (razón jurídica de segundo orden), pero que también forma parte de las razones jurídicas. Si bien la consideración global de las razones jurídicas no permite predecir la decisión judicial, cuando los jueces consideran alguna de estas razones de segundo orden como razones últimas y concluyentes, es con base en aquellas que podremos realizar predicciones certeras.

Por último, contra la tesis que estoy defendiendo también se podría objetar, dicho de manera clara, que he metido el conejo en la chistera para volverlo a sacar. En concreto: dado que he introducido tesis teóricas y dogmáticas como parte de las razones jurídicas la conclusión se sigue necesariamente.

No obstante, es posible afirmar que tesis teóricas y dogmáticas deben ser, por razones teóricas, incluidas dentro de la clase de las razones jurídicas. Recordemos: hemos definido intensionalmente las razones jurídicas como el conjunto de razones que un tribunal puede dar, de manera legítima, para justificar sus decisiones (LEITER, 2012a: 43). Y cabe poca duda de que en la mayoría de culturas jurídicas de nuestro entorno los tribunales pueden legítimamente hacer referencia a una tesis acerca de qué es el derecho, sobre la teoría general del contrato o del delito, o sobre

²⁵ A este tipo de estudios es a los que Giovanni Tarello cuando se refería a los estudios sobre la cultura jurídica (TARELLO, 1988).

cuándo un contrato de trabajo implica una relación de laboral de subordinación y dependencia (contrato de trabajo) o no lo implica (contrato mercantil)²⁶.

5.- SOBRE LA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA REALISTA

No es mi intención negar que, de hecho, los jueces deciden en muchas de las ocasiones en las que el derecho está indeterminado, por razones políticas; tampoco afirmar que en la mayoría de estos casos los jueces deciden por razones jurídicas de segundo orden. Cabe poca duda de que, si bien algunas decisiones judiciales pueden ser explicadas de manera satisfactoria recurriendo a razones jurídicas de segundo orden, otras muchas decisiones dependen de las valoraciones políticas de los jueces. El problema consiste, claro está, en determinar cuándo las razones jurídicas son utilizadas como razones concluyentes y, por tanto, podemos recurrir a ellas para explicar las decisiones judiciales (y también para preverlas).

Lo que quiero subrayar es que ni juristas ni investigadores de otras disciplinas están en disposición de abordar satisfactoriamente la tarea de formular predicciones sobre las futuras decisiones judiciales en solitario: mientras que los juristas carecen normalmente de los instrumentos metodológicos para llevar a cabo investigaciones empíricas de amplio alcance, los estudiosos de otras disciplinas carecen normalmente de los instrumentos jurídicos necesarios para establecer cuándo alguna de las razones jurídicas es considerada como una razón concluyente.

Si deseamos tomarnos en serio la labor de realizar predicciones sobre las futuras decisiones judiciales, la interdisciplinariedad se impone como una necesidad. Interdisciplinariedad no entendida en el sentido de que los estudiosos del derecho realistas se dediquen a estudiar sociología, economía o ciencia política, sino en el sentido de que se formen grupos de trabajo interdisciplinarios, en los que estudiosos de diferentes disciplinas aporten su conocimiento para poder realizar predicciones más certeras acerca de las futuras decisiones judiciales.

²⁶ Puede que estas teorías estén construidas con base en compromisos ideológicos, pero parece posible decidir la controversia particular con base en dichas teorías sin conocer ni compartir dichas asunciones políticas o valorativas. O incluso defender las mismas tesis teóricas y dogmáticas con base ideologías políticas incompatibles. Podremos, por ejemplo, calificar como incoherente al juez laboralista “progresista” políticamente que defiende una teoría muy rígida acerca de cuándo nos encontramos frente a una relación laboral y, por tanto, frente a un contrato de trabajo. Ahora bien, esto no implica que el juez decida por razones políticas sino únicamente considera su teoría sobre el contrato de trabajo como la mejor, y como una razón concluyente para elegir entre varias respuestas jurídicas en competición.

6.- BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel (2011). “Cómo desenmascarar a un formalista”. En: *Isonomía*. No. 34, pp. 199-201. Ciudad de México: Departamento de Derecho del ITAM.

BASABE SERRANO, Santiago (2011). “Estabilidad política y jugadores de veto judicial: un modelo espacial aplicado a cortes constitucionales”. En: *Opera*. No 9, pp. 121-134. Bogotá: Universidad del Externado.

BELOCCI, Mario y GIOVANNETTI, Tommaso (2010). “Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell’incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria”. Roma: Corte Costituzionale della Repubblica Italiana.

BULYGIN, Eugenio (1991). “El concepto de vigencia de Alf Ross”. En: Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

COMANDUCCI, Paolo (2002). “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Isonomía*, No 16, pp. 89-112. Ciudad de México: Departamento de Derecho del ITAM.

DAVIDSON, Donald (1992). “Azioni, ragioni e cause”. En: Donald Davidson, *Azioni ed eventi*. Bologna: Il Mulino.

FRANK, Jerome (2001). *Derecho e incertidumbre*. Ciudad de México: Fontamara.

GOMETZ, Gianmarco (2012). “Indici di certezza giuridica”. *Diritto e Questioni Pubbliche*, nº 12, 308-343. Palermo: Università degli Studi di Palermo.

GUASTINI, Riccardo (2012). “Para una taxonomía de las controversias entre juristas”. En: Pau Luque Sánchez y Giovanni B. Ratti (comps.) *Acordes y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

HART, Herbert L. A. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HIERRO, Liborio (1995). “Las huellas de la desigualdad en la constitución”. En: Reyes Mate (ed.) *Pensar la igualdad y la diferencia*. Madrid: Fundación Argentaria.

LEITER, Brian (1995). “Legal Indeterminacy”. *Legal Theory*. No. 1. Cambridge: Cambridge University Press.

LEITER, Brian (2012a). *Naturalismo y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

LEITER, Brian (2012b). “Cómo explicar los desacuerdos entre juristas”. En: Pau Luque Sánchez y Giovanni B. Ratti (comps.) *Acordes y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

LIFANTE, Isabel (2013). “Seguridad jurídica y previsibilidad” (en prensa).

- MILES, Thomas J. y SUNSTEIN, Cass R. (2007). "The New Legal Realism". *University of Chicago Law Review*. No. 75. Vol 2. Chicago: Chicago University Press.
- NINO, Carlos Santiago (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2012). "Ciencia jurídica realista: modelos y justificación". En: *Doxa*. No. 35 (en prensa). Alicante: Marcial Pons.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2013). "Towards Realist Dogmatics". *Legisprudence*. No. 7, vol. 3 (en prensa). Oxford: Hart Publishing.
- RATTI, Giovanni B. (2012) "Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico". En: Pau Luque Sánchez y Giovanni B. Ratti (comps.) *Acordes y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- ROSS, Alf (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1995). "Las huellas de la igualdad en la constitución". En: Reyes Mate (ed.). *Pensar la igualdad y la diferencia*. Madrid: Fundación Argentaria.
- SÁNCHEZ-CUENCIA, Ignacio (2011) "Los retrasos y los sesgos de la composición del Tribunal Constitucional". En: Joaquín Estefanía Moreira (ed.) *Informe sobre la democracia en España 2011*. Madrid: Fundación Alternativas.
- SCARPELLI, Uberto (1983). "La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato". En: Uberto ScarPELLI (ed.) *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Noberto Bobbio*. Milano: Comunità, p. 281 ss.
- SCHAUER, Frederick (2013). *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons.
- SEGAL, Jeffrey A. y SPAETH, Harold J. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SPAACK, Torben (2009). "Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences". En: Mattias Dahlberg (comp.) *De Lege: Uppsala-Minnesota Colloquium: law, culture and values*. Uppsala: Iustus.
- TARELLO, Giovanni (1974). "Formalismo giuridico". En *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- TARELLO, Giovanni (1988). "La sociologia nella giurisprudenza". En *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- ZAMBONI, Mauro (2006). "Law and Politics". Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=925920> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.925920>.