

LOS CASOS DIFÍCILES Y EL PRAGMATISMO DE LOS JUECES. CLAVES DE LA DECLINACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO¹

CARLOS DIEGO MARTÍNEZ-CINCA

UNCuyo - FONDECYT
cdmartinez@miuandes.cl

Sumario:

- I. La noción de ‘Estado de Derecho’
- II. El formalismo jurídico ante los “casos difíciles”
- III. El pragmatismo jurídico como propuesta “perturbadora”
- IV. Reflexión final

Resumen: El Estado de Derecho se asienta en una serie de condiciones esenciales para el normal desenvolvimiento de una república. Entre esas condiciones figura la independencia política de los jueces, es decir, la imparcialidad de los magistrados en la tarea de administrar justicia. Dicha imparcialidad suele asociarse a la idea de afianzar la justicia “tratando igual a los iguales”. Para el formalismo jurídico tradicional, eso implica aplicar la ley vigente sin apelar a las preferencias políticas ni a los valores morales de los jueces. Sin embargo,

1 El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto FONDECYT (Chile) Posdoctorado N° 3120252: “Insuficiencias del Análisis Económico del Derecho frente a los casos difíciles. Claves para la superación del pragmatismo consecuencialista de Richard Posner desde el horizonte de los bienes humanos básicos de John Finnis”.

la pretensión de imparcialidad parece imposible de alcanzar en los “casos difíciles”, es decir, en aquellos casos en que no parece existir una única solución que pueda obtenerse por vía deductiva a partir de la ley vigente. El presente trabajo discute el alcance de tal pretensión a la luz de una propuesta desafiante y perturbadora gestada al seno del pragmatismo jurídico norteamericano.

Palabras claves: pragmatismo – consecuencialismo – imparcialidad – discrecionalidad – casos difíciles – Estado de Derecho – Neil MacCormick – Richard Posner

Abstract: The Rule of Law is grounded on some conditions which are needed for the regular development of political institutions in our modern and democratic republics. One of these conditions is the political independence of judiciary, meaning impartiality in adjudication, that is, “treating equally those who are equals”. Legal formalism understands this requisite as the application of a valid rule of law without any consideration to the personal values or preferences of judges. Nevertheless, legal pragmatists claim that impartiality is an impossible goal to reach in ‘hard cases’, that is those cases for which there seems not to be a unique correct answer deducible from any rule of law. This paper analyses the challenge that legal pragmatism performs against the requisite of impartiality in adjudication.

Key words: pragmatism – consequentialism – impartiality – arbitrariness – hard cases – Rule of Law – Neil MacCormick – Richard Posner

I. La noción de ‘Estado de Derecho’

En los dos últimos siglos de la filosofía política y jurídica, numerosos autores han procurado definir el concepto de ‘Estado de Derecho’ como uno de los pilares fundamentales en torno al cual habría orbitado la génesis constitutiva del moderno estado-nación europeo.

En términos generales, podría decirse que la mayoría de los autores, conforme al método propio de la ciencia jurídica, ha partido del análisis exegético de algún texto jurídico fundamental, de validez y eficacia reconocidas casi universalmente, de

cuya reconstrucción dogmática sería posible extraer la noción fundamental cuya definición se procura. El texto más citado, en ese sentido, ha sido el de la *Declaración Universal de los Derechos del Ciudadano*, proclamada en París por la Asamblea Nacional Constituyente del año 1789, del que se desprenden algunos enunciados claves como el décimosexto artículo que reza: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene constitución”. Como puede apreciarse, la existencia de una constitución, no necesariamente hecha de un texto único, rígido e inmodificable, y tampoco necesariamente escrita, pero al menos contenida en las costumbres fundamentales observadas y respetadas regularmente por un pueblo como *regla de conducta*, en la que estén expresados claramente los derechos fundamentales de las personas y las atribuciones y límites en el ejercicio del poder por parte de los órganos de gobierno, parecería constituir la base fundamental del concepto moderno de ‘Estado de Derecho’.

Sin embargo, la ciencia jurídica dista de haber alcanzado un consenso unánime en torno a la definición de dicho concepto fundamental. La teorización del *Rule of Law* en el ámbito anglosajón, tanto como la definición del *Rechtsstaat* en la dogmática alemana y del ‘Estado de Derecho’ o ‘imperio de la ley’ en el ámbito de la doctrina constitucional latinoamericana, han sufrido a lo largo de los dos últimos siglos las inevitables transformaciones y mutaciones que era previsible esperar a la luz de los procesos históricos también de transformación y mutación del estado-nación europeo que le habría servido de base como modelo conceptual. No es necesario aludir aquí, por ser conocidas de todos, las diferencias esenciales que separan al estado liberal de derecho del estado de bienestar o estado social de derecho (con todas las precisiones conceptuales que habría que formular para distinguir bien cada uno de estos grandes modelos de estados), ni es necesario tampoco aludir a las profundas diferencias que existen entre el Estado de Derecho, en un sentido meramente formal de la expresión, y el Estado de Derecho en un sentido material, pues la experiencia nos enseña a todos que un estado

autoritario, en el que se vulneran los derechos fundamentales de las personas bajo diversas argumentaciones que en el fondo se reducen a la dialéctica del *amigo* y el *enemigo*, como postula Carl Schmitt², es perfectamente compatible con la existencia en su seno de una constitución en la que se expresan minuciosamente, no obstante, los derechos fundamentales de los ciudadanos y las atribuciones y límites de los órganos de gobierno. En ese sentido sostiene Joseph Raz:

“Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de Derecho mejor que cualesquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquellas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al Estado de Derecho.”³

Frente a las vicisitudes históricas y políticas del concepto de ‘Estado de Derecho’, la estrategia disciplinar de la filosofía jurídica contemporánea –la que surge, al menos, de gran parte los referentes actuales de la disciplina– ha consistido en separar analíticamente la noción de ‘Estado de Derecho’ en unidades conceptuales más simples, es decir, delimitables analíticamente con mayor facilidad, en principio, y de cuya agregación a otras unidades analíticas –entendidas como requisitos sustanciales– resultaría el concepto mayor de ‘Estado de Derecho’. Una de esas unidades de análisis simples (o requisitos sustanciales) residiría en la *independencia del poder judicial*, un concepto fundado en el principio político de separación de poderes y, por

2 Véase Carl Schmitt: *El concepto de lo político (Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios)*, Madrid: Alianza Editorial, 2002 (1932), p. 56 ss.

3 Joseph Raz: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1985 (2ª edición) p. 264.

consiguiente, en un principio general de justicia consistente en que nadie debe ser juez y parte de un mismo proceso o, en términos políticos, en que no debe un mismo órgano dictar la ley y ser el encargado de aplicarla.

En virtud de este principio se ha sostenido, desde Locke y Montesquieu hasta nuestros días, que existe una diferencia esencial entre la atribución fundamental reservada a uno de los poderes democráticos del estado, cual es la de legislar —es decir, establecer leyes generales y obligatorias para todos los ciudadanos de un estado— y la atribución más específica, reservada a un cuerpo profesional de jueces, de carácter “aristocrático” en los términos la filosofía clásica, y claramente no democrático en cuanto a su procedencia y elección, encargado de aplicar las leyes a los casos concretos, es decir, a la solución de las disputas particulares que se pudiesen generar entre partes (atribución que sólo bastante tiempo después llegaría a comprender la facultad más controvertida de interpretar el alcance constitucional de aquellas leyes y de llegar a declarar su total inaplicabilidad por una eventual oposición a la ley fundamental de la república⁴).

La visión ilustrada de los jueces como simples “óráculos de la ley”, como árbitros imparciales en la solución de las disputas, aparece consagrada en textos fundamentales de la filosofía política moderna y reiteradas veces invocada por los más conspicuos exponentes de las teorías de la adjudicación jurídica o teoría de la asignación de derechos —una de las tres ramas principales que conforman la teoría general del derecho, según Ronald Dworkin, junto a la teoría de las normas y la teoría de la obediencia civil o autoridad del derecho—. Sostiene, en efecto, Montesquieu:

“Cuanto más se acerca la forma de gobierno a la re-

4 Del texto original de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica no surge esa facultad atribuida a los jueces. El caso *Marbury vs. Madison*, fallado por la corte suprema en la primera década del siglo XIX, abrió las puertas a dicha facultad mediante una interpretación muy laxa de la enmienda que significó, en términos jurídicos, la creación por vía judicial y no legislativa, de una facultad no expresamente atribuida por la constitución a los jueces, conocida como *judicial review*.

pública, más fija debe ser la manera de juzgar; y era un vicio de la república de Lacedemonia que los magistrados juzgaran arbitrariamente, sin que hubiera leyes para dirigirlos. En Roma, los primeros cónsules juzgaban de igual manera, hasta que se notaron los inconvenientes y se hicieron las leyes necesarias [...] En los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano.”⁵

En esa dirección, el jurista escocés Neil MacCormick, en una obra ya clásica de la filosofía jurídica contemporánea, publicada por vez primera en 1979, descarta cualquier discrecionalidad o arbitrariedad en la solución de las disputas por parte de los jueces en un Estado de Derecho, y continúa identificando, dos siglos después de Montesquieu y de Hume, la imparcialidad ilustrada y la prescindencia de toda valoración y preferencia personal, de carácter político, como un atributo esencial de la tarea de administrar justicia:

“Es un principio fundamental el que los seres humanos deben ser racionales antes que arbitrarios en la conducción de sus asuntos sociales y públicos [...] A cualquiera que dispute este principio conmigo, yo sólo le puedo recordar, por cierto, un argumento de Hume: nuestra sociedad está organizada conforme al valor de la racionalidad, o no lo está, y no puedo contemplar sin repulsión la incertidumbre y la inseguridad de una sociedad manejada arbitrariamente, en que las decisiones de todo tipo se establecen por el anhelo o capricho momentáneo de alguien [el juez], sin referencia a las decisiones tomadas en el pasado o de cara al futuro.”⁶

Ahora bien, la *independencia de los jueces* constituye hoy

5 Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu: “El espíritu de las Leyes”, Libro VI, Capítulo III, en *La Editorial Virtual*, <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages2/Montesquieu/EspirituLeyes_01.html> (01/05/2014)

6 Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1997 (2ª edición) pp. 76-77.

uno de los temas más banalizados de la discusión política. No es el propósito del presente trabajo entrar a discutir los argumentos surgidos en las arenas movedizas de la opinión pública, sino encuadrar el problema de la independencia de los jueces en el tratamiento teórico que ha recibido el problema de la *imparcialidad* frente a la *discrecionalidad* o *arbitrariedad* en la administración de justicia, dentro de las teorías de la argumentación jurídica que podríamos llamar “formalistas”, por oposición a las teorías “pragmatistas” que las cuestionan.

Por consiguiente, el problema fundamental que aquí se tratará se encuadra en el siguiente marco teórico: para las teorías formalistas de la argumentación jurídica, la pretensión de imparcialidad en la administración de justicia constituye un requisito sustancial del Estado de Derecho, es decir, una exigencia verificable y realizable de aquel principio básico de justicia que desde Aristóteles en adelante se ha formalizado como la exigencia de “tratar igual a los iguales”. Sin embargo, para el pragmatismo jurídico contemporáneo, la imparcialidad de los jueces constituye más bien una afirmación retórica del “imperio de la ley” vacía de contenido, una especie de racionalización encubridora de las preferencias personales de los jueces que las teorías formalistas de la argumentación jurídica deberían dejar de lado en aras de una comprensión más realista de cómo los jueces administran justicia.

Como puede apreciarse, en la formulación del marco teórico me he valido, en el último enunciado, de la expresión ‘una comprensión más realista de la administración de justicia’. En efecto, existe una importante y renovada corriente dentro del “realismo jurídico” norteamericano que, hundiéndose en parte sus raíces en la frustrada ‘revuelta contra el formalismo’ de los años treinta, ha postulado de una manera hasta hoy confusa y perturbadora un enfoque pragmático de la adjudicación jurídica que aspiraría al desarrollo de una “jurisprudencia basada en resultados” y no en principios, una jurisprudencia elaborada por jueces que, lejos de administrar justicia desde una “torre de marfil”, deberían orientar su tarea adjudicativa en función del impacto que sus sentencias tendrían en la sociedad civil, en los

asuntos políticos y económicos del Estado. En definitiva, una jurisprudencia pragmática y consecuencialista que podría partir de cualesquiera principios, normas o directrices que los jueces deseen invocar retóricamente en sus fallos, pero que atienda necesariamente al impacto político y económico de sus sentencias en el mundo real y en el estado del que los jueces forman parte.

¿De dónde viene la necesidad de encuadrar el problema en esos términos? ¿Cuál es la necesidad de enmarcarlo en el ámbito de una discusión teórica como la brindada por el pragmatismo jurídico contemporáneo, una corriente de pensamiento que, en última instancia, parece restarle importancia a cualquier teorización o sistematización de los principios sobre los que se asienta la argumentación jurídica?

Sucede que en una buena parte del universo jurídico de nuestros días, ante una virtual desintegración del Estado de Derecho por el avance de la impunidad y la consiguiente desconfianza de la población en los principios constitucionales de la administración de justicia, junto a la creciente banalización de los derechos individuales y el posicionamiento de los medios de comunicación como vehículos de presión social en aras de una “realización efectiva” de justicia a como dé lugar⁷, el eslogan de que los jueces deberían ajustar su labor jurisdiccional a las cambiantes circunstancias, influencias y demandas del sistema político y social, parece estar ganando cada día mayor aceptación, incluso entre los propios jueces⁸. En efecto, la idea de una “jurisprudencia pragmática” parece haber calado hondo, por ejemplo, en el espíritu de los jueces que integran el supremo tribunal federal y los tribunales superiores de Brasil, pues como revela una investigación publicada en el *Anuário da Justiça 2010*, el 46 % de ellos cree que al pronunciar una sentencia, “el juez debe tener en cuenta el impacto de su decisión en términos

7 José Renato Nalini: *A rebelião da Toga*, Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 9.

8 Thais Nunes de Arruda: *Como Os Juízes Dedidem Os Casos Difíceis? A Guinada Pragmática de Richard Posner e A Crítica de Ronald Dworkin*, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p.

sociales, económicos y de gobernabilidad”⁹. Así también, un docente e investigador de Stanford –una de las más prestigiosas escuelas de derecho en los Estados Unidos de Norteamérica– sostenía en una visita a la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 2009, que “la justicia *puede y debe* generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos”. Como sostiene el Profesor Néstor Sagüés, la iniciativa, motorizada por activistas civiles norteamericanos, concibe a los jueces como verdaderos “agentes de cambios sociales”, y procura lograr que los jóvenes de escasos recursos obtengan en tribunales lo que en sede legislativa se les niega en materia de igualdad de oportunidades en el acceso a una educación universitaria completa y de excelencia¹⁰. No debe olvidarse, por otra parte, que el análisis económico del derecho, más allá del techo académico que parece haber tocado tanto en los Estados Unidos de América como en el resto del mundo, se presentaba hasta hace unos años como una nueva teoría del derecho cuyo encanto parecía residir, en palabras de uno de sus co-fundadores, en la “coherencia científica de su propuesta” y en la “capacidad de poder asumir las consecuencias de las decisiones judiciales y su impacto en el mundo real”, algo que “el sentido común reclama constantemente de los jueces” y que constituye una “intuición moral ampliamente compartida”¹¹.

Comenzaré, entonces, por exponer de manera sucinta las tesis centrales del formalismo jurídico, nombre con el que se identifica la corriente principal de la teoría jurídica que se basa en un declarado respeto al “imperio de la ley” y al carácter deductivo del razonamiento jurídico (de los principios generales a la solución del caso), para luego contraponer la visión del pragmatismo jurídico tal como se halla configurada en la obra del

9 Thais Nunes de Arruda, *Op. Cit.*, p. 15.

10 Néstor P. Sagüés: “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 528.

11 Richard Posner: “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, n° 1, Chicago, 1979, pp. 110-11.

principal referente actual de la jurisprudencia o *Legal Theory* norteamericana que ha intentado volcar la actitud pragmática en los moldes de la argumentación jurídica tradicional o formalista, resquebrajando dichos moldes hasta romperlos. En último término, el presente trabajo intenta mostrar, de manera muy esquemática y modesta, qué cabe esperar de esta propuesta calificada como “confusa y perturbadora” por una autora que ha consagrado una buena parte de su vida al estudio del pragmatismo filosófico¹².

II. El formalismo jurídico ante los “casos difíciles”

Si quisiéramos exponer sucintamente las tesis centrales del formalismo jurídico, es decir, las tesis centrales de lo que hasta el presente ha sido considerada la corriente principal de las teorías argumentativas del derecho y, en consecuencia, la mejor explicación disponible hasta hoy del modo en que los jueces habitualmente resuelven los casos que se someten a su jurisdicción, podríamos tomar como ejemplo la descripción, un tanto sesgada por cierto, que sus críticos hacen del mismo. Quizás no sea la más objetiva de las descripciones posibles, pero al menos servirá para comprender qué es lo que sus críticos deploran y pretenden corregir. Servirá, al menos, como punto de partida.

El principal abanderado del pragmatismo jurídico hoy, el juez Richard Posner, describe el formalismo jurídico norteamericano de Christopher Columbus Langdell –decano de la facultad de derecho de Harvard a fines del siglo XIX– como una especie de “platonismo jurídico” auto-convencido de la existencia de un puñado de principios de derecho eternos e inmutables, corporeizados de manera imperfecta en las miles de opiniones doctrinarias publicadas¹³. Para el formalismo, según Posner, la existencia de tales principios jurídicos inmutables se cristaliza-

12 Susan Haack: “Viejo y Nuevo Pragmatismo”, en *Diánoia*, vol. XLVI, nº 47, México, 2001, pp. 21-59.

13 Richard Posner: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1999 (2ª edición) pp. 14-15; 250-252.

ría en la dogmática jurídica (otro nombre para el formalismo), que consistiría en una especie de reconstrucción inductivista de tales principios a partir de las sentencias y opiniones judiciales vertidas en los casos señeros [*leading-cases*] de la jurisprudencia. En la dirección opuesta, quienes deben argumentar a partir de tales principios (los jueces) necesitan valerse de una especie de lógica deductiva de las consecuencias concretas que se seguirían a partir de aquellos principios generales del derecho, pero tales consecuencias no guardarían relación alguna con el “mundo real” ya que su impacto en la conducta de los individuos no sería testeado empíricamente por los jueces formalistas. Tales serían, en pocas palabras, las dificultades inherentes al formalismo jurídico que buscaría superar el pragmatismo.

Sin embargo el rechazo del formalismo jurídico y en especial de la lógica deductiva que constituye la esencia de la argumentación jurídica no es nueva ni ha sido privativa de los analistas económicos del derecho. Según MacCormick, el rechazo del formalismo que parece desembocar inevitablemente en una suerte de escepticismo incapaz de brindar una teoría mejor que explique cómo argumentan los jueces, es una tendencia siempre latente en la jurisprudencia norteamericana que parece radicalizarse con mayor fuerza en determinadas épocas de su historia¹⁴. De hecho, Posner sostiene que “la única exigencia para ser formalista es la suprema confianza en las propias premisas y en los propios métodos de derivar conclusiones a partir de ellas”, parafraseando así al célebre juez Oliver Wendell Holmes (uno de los principales mentores del realismo jurídico norteamericano de quien Posner admite haber heredado su desconfianza en el formalismo)¹⁵.

Pero la lógica deductiva que parte de ciertos principios y normas generales parece constituir la esencia misma de la lógica jurídica, y como MacCormick sostiene, quizás sea la única “teoría” que pueda dar cuenta hasta ahora –con las limitaciones que él mismo señala en la solución de los “casos difíciles”– de la forma en que normalmente se construye un argumento jurídi-

14 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, pp. 36-40.

15 Richard Posner: *The Problems of Jurisprudence*, p. 40.

co. Cualquiera que niegue que la lógica deductiva del “formalismo jurídico” constituya el elemento esencial de una explicación coherente y plausible del derecho, debería poder ofrecer alguna teoría alternativa que pueda dar cuenta cabalmente de cómo argumentan quienes están obligados, por un imperativo constitucional, a solucionar razonablemente los conflictos que se suscitan entre quienes son obligados a acatar normas generales de conducta¹⁶. La incógnita a despejar, entonces, es ésta: ¿ha logrado el pragmatismo elaborar una propuesta coherente, plausible y superadora del formalismo jurídico como base para una teoría de las decisiones judiciales? Eso es lo que analizaré en el siguiente apartado, luego de sentar la posición cabal de un formalismo que podríamos llamar *moderado*, como el que propone MacCormick.

Empecemos por aclarar, primero, a qué se denomina “casos difíciles” en la argumentación jurídica, y por qué ese tipo de casos –suponiendo que exista algo así como un tipo especial de casos claramente diferenciables– representaría un escollo para cualquier lógica formalista de la argumentación. En principio, “casos difíciles” son aquellos en los que la lógica deductiva propia del formalismo jurídico no parecería constituir una herramienta suficiente para arribar a conclusiones coherentes y consistentes con las reglas de derecho establecidas. Con respecto a los casos llamados “rutinarios” o “fáciles”, es evidente que para su solución es suficiente valerse de la lógica deductiva del formalismo, como el propio líder del pragmatismo jurídico admite, con tal que dicha lógica sea aplicada por un juez bien entrenado, respetuoso de los precedentes, capaz de subsumir el caso particular en alguna norma general de derecho¹⁷.

MacCormick sostiene que un caso podría calificarse como “difícil” cuando presente problemas de “interpretación” o de “relevancia” en relación con la premisa normativa, o bien de “prueba” o de “calificación” en relación con la premisa fáctica, aun cuando esa línea divisoria entre los casos fáciles y los difi-

16 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 52 ss.

17 Richard Posner: *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 35, 44, 46.

ciles no sea tan clara como en principio podría parecer, porque como el propio MacCormick admite, aun los casos más simples podrían también presentar dificultades potenciales de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación¹⁸. En ese sentido, la necesidad de anticipar las consecuencias de las sentencias judiciales en el “mundo real” parecería guardar cierta relación con la identificación de los “casos difíciles” *a priori*, pues como señala Manuel Atienza, sería posible apuntar a un criterio más amplio (y también pragmático) de división entre unos y otros casos sencillamente diciendo que son difíciles aquellos casos en los que “la opinión pública –esclarecida o no– está dividida de tal manera en que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y a otros”¹⁹. Como puede apreciarse, es allí donde el pragmatismo encontraría su razón de ser, pues su gran anhelo es ofrecer una lógica alternativa al formalismo de los principios generales, que esté orientada a los resultados y a las consecuencias sociales, económicas y políticas de las sentencias.

De todos modos, MacCormick sostiene que el formalismo deductivo no es enteramente ajeno a cierto tipo de consecuencialismo. En efecto, el auténtico problema de interpretación en los casos difíciles con relación a la premisa normativa, por ejemplo, no está dado por el tipo de preguntas: “¿Cuál es la interpretación correcta de tal regla de derecho?”, sino más bien por preguntas del estilo: “¿Justifica la ley una decisión a favor de A y en contra de B en un contexto como éste?”²⁰. Pero la apreciación del contexto y la valoración que el juez haga de las posibles consecuencias del fallo “a futuro” no están por cierto guiadas en función de consideraciones económicas, sociales o políticas, pues si por un lado admite que el principio formal de justicia consistente en “tratar igual a los iguales” se satisface en gran medida “mirando hacia delante”, de tal manera que la decisión en un caso difícil sea aplicable a cualquier otro *caso*

18 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 197.

19 Manuel Atienza: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2005, p. 72.

20 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 69.

*similar*²¹, ese solo hecho limita en gran medida su discrecionalidad, pues sus decisiones están enmarcadas dentro de ciertos requisitos que MacCormick identifica como requisitos de *universalidad*, *consistencia*, *coherencia* y *aceptabilidad* de las consecuencias (o *conveniencia*).

En efecto, las únicas consecuencias que los jueces podrían y deberían atender no son aquellas a las que apunta el pragmatismo ya señalado, sino las contempladas en lo que el jurista escocés llama una justificación de “segundo nivel” (por referencia al “primer nivel” de la lógica formalista deductiva). En una justificación de “segundo nivel” resulta ciertamente válido el empleo de argumentos “consecuencialistas”, pero su empleo se halla limitado por los principios de *universalidad*, *consistencia* y *coherencia*. El principio de universalidad requiere que para justificar una decisión, *x*, en cualquier “caso difícil” debe encontrarse o formularse una premisa normativa general, *Y*, ligada a las condiciones *a*, *b* y *c*, tal que cada vez que se verifiquen las condiciones *a*, *b* y *c* cualquier juez debería decidir *x*. El principio de consistencia requiere que una decisión, *x*, se base en premisas normativas que no entren en contradicción con reglas de derecho válidamente establecidas. La coherencia debe ser a la vez *normativa* y *fáctica*. La coherencia normativa requiere que una decisión, *x*, pueda encuadrarse en una serie de valores o principios morales que, tomados en conjunto, puedan configurar una forma de vida satisfactoria, mientras que la coherencia narrativa exige un examen lógico de aquellas cuestiones de hecho que no cabe observar ni comprobar por la experiencia sensible²². Finalmente, el requisito más laxo de la *aceptabilidad de las consecuencias* [‘expediency’] es una exigencia de la argumentación pública, basada en el interés general, en virtud del cual resultaría lícito sostener que a una pretensión basada en criterios de estricta justicia correctiva no debería, con todo, hacérsele lugar en sede tribunalicia, si a consecuencia de dicha

21 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 79.

22 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, capítulos V, VI, VII y VIII. Para una síntesis didáctica de los requisitos que limitarían el consecuencialismo formalista de los casos difíciles, véase Manuel Atienza: *O. Cit.*, pp. 114-122.

admisión tuviese que hacerse lugar, en el futuro, a una serie de pretensiones de la misma clase que pudiese generar un grave perjuicio al interés público. Como puede apreciarse, en las justificaciones de “segundo nivel” hay bastante espacio para el razonamiento consecuencialista, y en relación a las debatidas y siempre abiertas cuestiones de *conveniencia* MacCormick sostiene expresamente: “Yo no pretendo saber cómo calcular tales materias; pero observo que los jueces confían en tal argumento con bastante frecuencia como para señalar que ellos lo creen posible.”²³

De todas maneras, un consecuencialismo de esta naturaleza seguirá orbitando necesariamente en torno a una teoría formalista del derecho, puesto que los argumentos consecuencialistas constituyen justificaciones de “segundo nivel” a las que se llega sólo cuando no es posible alcanzar una solución razonable según la lógica deductiva del “primer nivel”. Por esta sencilla razón, seguirá habiendo una brecha difícil de salvar entre un formalismo moderado como el que tolera MacCormick y el tipo de *pragmatismo jurídico* que Posner postula, como veremos a continuación. De hecho, en un artículo publicado algunos años después de su primera obra programática (*Legal Reasoning and Legal Theory*), el jurista escocés afirmaba:

“Aún cuando no admito sin más el consecuencialismo como una filosofía aceptable o suficiente en sí misma, concluyo que algún elemento del razonamiento consecuencialista debe estar presente en cualquier proceso sensato de decisión, en cualquier modo satisfactorio de deliberación práctica [...] Todos parecen estar de acuerdo en que algún tipo de consecuencialismo tendría que jugar algún rol. Pero es mucho menos claro qué tipo, y qué rol [...] Ello sugiere que nuestra idea de *consecuencia* puede ser, de algún modo, vaga y completamente imprecisa.”²⁴

23 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 114.

24 Neil MacCormick: “On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin”, en *New York University Law Review*, vol. 58, nº 2, Nueva York, 1983, p. 240, 245-246.

En ese mismo trabajo, explicitando aún más los límites del consecuencialismo señalados en su primera obra, sostenía MacCormick que si tenemos que explicar en resumidas cuentas de qué modo las consecuencias podrían ser relevantes para justificar las decisiones de los jueces, deberíamos entonces mirar “más allá y más lejos de las consecuencias particulares y de los resultados del caso”, porque lo que se encuentra realmente en juego son las consecuencias en el sentido de *implicaciones lógicas* del caso. En efecto, declarar un derecho (*ius dicere*) supone, de manera necesaria, y colocándonos en los zapatos de un juez imparcial, declararlo como aplicable en *cada caso similar*. De ahí que, en tanto persona de prudencia, dotada de un pensamiento previsor, “todo juez debe mirar a través [y más allá] de un rango de situaciones posibles que deberán cubrirse [en el futuro] por esta [nueva] regulación en cuanto a derecho”²⁵. Si existe algún modo de justificar una decisión jurídica por sus consecuencias, no es otro que presentarla a la luz de “las razones universalizables que la sostienen”²⁶.

III. El pragmatismo jurídico como propuesta “perturbadora”

Resulta difícil resumir aquí la posición intelectual de un autor que ha resultado ser uno de los teóricos contemporáneos del Derecho más citados, hasta la fecha, en los principales índices bibliográficos de las revistas indexadas. Esta dificultad se agrava aún más por la ingente cantidad de sus trabajos, en forma de libros, artículos, y publicaciones en obras colectivas que no han cesado desde fines de los años sesenta, y que ya superan varios centenares de publicaciones en diversas lenguas. Pero es sin duda su estilo polemista, insidioso, por momentos apresurado²⁷, reticular y polimorfo en cuanto a las múltiples fuentes de

25 Neil MacCormick, Neil: “On Legal Decisions and Their Consequences...”, p. 251.

26 Neil MacCormick, Neil: “On Legal Decisions and Their Consequences...”, p. 249.

27 Ronald Dworkin: “Darwin’s New Bulldog”, en *Harvard law Review*, vol.

las que dice nutrirse, lo que dificulta aún más una exposición clara y sistemática de su posición auto-proclamada como *pragmatismo*²⁸.

Posner sostiene, de manera indubitable, que “las respuestas [a los casos difíciles] dependen de los juicios políticos, de las preferencias y de los valores morales de los jueces, o (lo que a veces no resulta tan claro y distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces”²⁹. Reconoce, por supuesto, que su tesis encuentra serias resistencias por parte del enfoque dominante de la argumentación jurídica, pues para ese enfoque resulta natural que, conforme a las exigencias básicas que emanan del imperio de la ley (o Estado de Derecho), los jueces se hallen restringidos siempre por la letra y el espíritu de la ley, por la estructura propia del razonamiento jurídico, por la historia constitucional de su país, y por ciertos principios jurisprudenciales claves como la *deferencia* y el *stare-decisis*. Sin embargo, aunque son raros los jueces que se atreven a profesar abiertamente el enfoque *pragmático* que él postula, “existe un buen número de decisiones judiciales que no podrían explicarse de otro modo”, y se trata, además, de un enfoque que, según su criterio, cuenta con bastante apoyo académico implícito³⁰.

En la visión de Posner, cuando los jueces de apelación deciden casos en las “áreas abiertas del Derecho” se comportan verdaderamente como actores *políticos* y legisladores, favorecidos por una serie de circunstancias que, para colmo de males, no limitan su ejercicio discrecional de ese poder como sí limitan a los legisladores electos por el pueblo. En efecto, los jueces no pueden ser removidos de sus cargos, son designados de por vida en ellos, y encima no existe un poder aparte del que ellos

111, Cambridge, 1998, p. 1718.

28 Richard Posner, Richard: “The Jurisprudence of Skepticism”, en *Michigan Law Review*, vol. 86, n° 5, 1998, pp. 828-836; Richard Posner: *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 47 y ss.

29 Richard Posner: “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 828.

30 Richard Posner: “The Constitution as an Economic Document”, en *George Washington Law Review*, vol. 56, n° 4, 1987, p. 32.

mismos ejercen que pudiese invalidar sus decisiones, como sí pueden ellos, en virtud de ese mismo poder, invalidar las decisiones de los legisladores elegidos por el voto popular³¹. En un intento por explicar en términos puramente descriptivos semejante conducta de los jueces (conforme a su enorme aprecio por el análisis económico del derecho, del que fuera su co-fundador y promotor en los años setenta y ochenta), Posner sostiene que tal comportamiento obedece a tres factores que actúan como incentivos determinantes y que permitirían diseñar una especial función de utilidad en el comportamiento de los jueces: la maximización de su ingreso pecuniario, la maximización del ocio, y la minimización de los costos que imponen los votos en disidencia en los tribunales colegiados³². En pocas palabras, los jueces quieren ganar más dinero, tener más tiempo libre, y no tener que debatir ni discutir tanto entre ellos cuando se presentan casos difíciles en las “áreas abiertas” del derecho (esto último explicaría bastante bien, según Posner, por qué, a pesar de todo, los jueces privilegiarían ciertos principios conservadores de la jurisprudencia como el *stare decisis* en lugar de formular directrices más “realistas” que orientarían la jurisprudencia hacia resultados socialmente deseables).

Ahora bien, en lugar de atacar estas deficiencias institucionales que señalarían, de ser verdaderas, una evidente declinación del proyecto ilustrado en torno al “imperio de la ley” o Estado de Derecho, Posner propugna más bien una suerte de solución política que se acomode al “juego de la democracia”, y en tal sentido sostiene:

Antes que pensar en aporrear a los jueces para que adopten, de común acuerdo, alguna de las teorías constitucionales que limiten su discrecionalidad, *deberíamos inclinarnos ante lo inevitable*, y si estamos preocupados por un ejercicio sin freno de la discrecionalidad judicial por parte de los jue-

31 Richard Posner: “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, en *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, p. 1054.

32 Richard Posner: “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, 1993, pp. 1-41.

ces de la corte suprema, deberíamos insistir en designaciones más diversas, que hagan de una buena vez más representativa a la corte y, a causa de esa mayor diversidad, menos inclinada a legislar agresivamente. La analogía [con las inversiones] es reducir el riesgo diversificando el portfolio.³³

De semejante análisis llama poderosamente la atención tanto la crudeza del análisis descriptivo del comportamiento de los jueces en cuyas manos reside un poder soberano no sometido a ningún otro poder, como también la resignada claudicación ante lo que Posner llama lo *inevitable* de un estado de cosas que no podría ser calificado de otro modo más que la decadencia de una república. La argumentación jurídica no sería, entonces, más que un engaño, una ilusión, que no obstante perseguiría un propósito social útil. En efecto, según Posner toda la retórica ampulosa del formalismo jurídico de la que se valen los jueces para encubrir sus preferencias personales intentaría generar, ante los legos, una pretensión de certeza e imparcialidad que se parece mucho a los pañuelos con que los ilusionistas distraen al público, pero que no obstante resulta necesaria para fortalecer la posición de las cortes de justicia en nuestras sociedades, algo que quizás, no sea tan malo después de todo, como sostiene nuestro escéptico jurista³⁴.

Pero si la argumentación jurídica reposa fundamentalmente en un propósito encubridor, ello obedece sin dudas al carácter moral de nuestros jueces. En efecto, Posner señala que ni las condiciones en el ejercicio de la actual magistratura, ni los métodos de selección y designación de los jueces pueden llevarnos a esperar de ellos esa prudencia, reflexión e introspección que la “literatura jurídica” les atribuye. Lo esencial de su actividad consiste en producir un gran número de decisiones en “rápida sucesión”, con muy poco *feedback* en relación a la corrección o incorrección de sus decisiones. Los jueces, en efecto, formulan sus decisiones “lo mejor que pueden”, y siguen adelante, con el próximo expediente, pues “rara vez miran hacia atrás”. De

33 Richard Posner: “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, p. 1066.

34 Richard Posner: “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 865.

hecho, sostiene Posner, las personas que no se sienten a gusto en esa premura irreflexiva de la magistratura tal como se da hoy en nuestras repúblicas, “no se hacen jueces, no permanecen en el cargo, o son jueces infelices”³⁵. Tal como remata Posner de manera algo simplista, “los jueces no pueden permitirse el lujo de demorar una decisión hasta que se encuentren objetivamente persuadidos de que la decisión será la correcta”, y por eso el pragmatismo constituye el enfoque más adecuado para describir los que los jueces normalmente hacen, pues el fundamento mismo del “pragmaticismo” [*sic*] de Peirce es que “la gente odia permanecer en un estado de duda, y hará lo necesario para pasar de la duda a la creencia”³⁶.

IV.- Reflexión final

La incógnita que el presente trabajo intenta despejar podría finalmente plantearse en estos términos: ¿Hay algo en la propuesta del pragmatismo más allá de una mera *deconstrucción* del formalismo jurídico? Es decir, ¿puede tomarse la propuesta *pragmatista* como un programa de contenidos sustanciales, claros y precisos, de pautas orientadoras bien definidas para una nueva jurisprudencia? En suma, ¿qué directrices habrían de seguir los jueces que quisieran hacer algo más que introducir en la argumentación jurídica sospechas, dudas, escepticismo, y el desencanto de base que parece latir en su propuesta? En un acto de lucidez Posner también se formula una pregunta similar sin brindar respuestas definitivas:

“Un pragmatista podría preguntarse para qué *sirve* todo este decir nada, este quejarse, este machacar en la duda, este montón de aguafiestas [...] No he introducido propuestas drásticas de mejora. Aunque puedo imaginar cambios radicales en el sistema jurídico que llenarían las

35 Richard Posner: “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 873.

36 Posner, Richard: *ibidem*. La cita corresponde a Charles S. Peirce: “The Fixation of Belief”, en Justus Buchler (ed.): *The Philosophical Writings of Peirce*, vol. 5, New York: Dover Publications, 1955, p. 10.

instituciones jurídicas de un mayor respeto por la metodología científica (//), no estoy seguro de su justificación, dadas las funciones sociales que el Derecho cumple. ¿He terminado, por consiguiente, en un punto muerto, violando el dicho de Voltaire (que mejora al de Sócrates) de ser moderado en todo, incluso en la moderación?”³⁷

A la luz de estas inconsistencias, Dworkin sugiere no tomar demasiado en serio esta propuesta dado el evidente flirteo *pos-modernista* de Posner y los servicios que busca prestar a un movimiento *populista* y *antiteórico* que estaría cobrando cada vez más fuerza e la vida intelectual de Norteamérica³⁸.

Nosotros, por nuestra parte, tal vez podamos aprovechar esta lección y ver reflejado en otro escenario y con otros actores lo que a diario padecemos cuando no alcanzamos a comprender por qué buena parte de nuestros alumnos prefiere leer cada vez más a Foucault y cada vez menos a Aristóteles.

El autor es Licenciado en Filosofía, Abogado, y Doctor en Filosofía. Investigador Posdoctoral de FONDECYT (Chile) en el Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, 7620001 Las Condes, Santiago, Chile).

Recibido: 30 de abril de 2014
Aprobado: 30 de mayo de 2014

37 Richard Posner: *The Problems of Jurisprudence*, pp. 460-461.

38 Ronald Dworkin: “Darwin’s New Bulldog”, pp. 1718-1719, y nota a pie nº 6.