

**Una consideración pragmatista de la práctica jurídica:
la apelación a criterios extrajudiciales en casos difíciles**

Dr. Agüero Gustavo (UNC)

Dr. Gorra Daniel (UNSL/AAFD)

Lic. Saharrea Juan (UNSL-CONICET)

Resumen: En el presente trabajo discutimos la posibilidad de establecer cierta restricción normativa a un aspecto fundamental y polémico de la práctica jurídica: las decisiones judiciales en casos difíciles, es decir, casos en donde una o más normas legales no bastan para justificar la instancia de decisión o fallo o bien casos en donde una o más normas legales no bastan para legitimar la legalidad del fallo. Nuestra estrategia es señalar aquello que los jueces están habilitados a hacer en casos difíciles tomando en cuenta una consideración que atribuimos a la tradición del pragmatismo legal (de creciente interés en las últimas décadas): resulta inevitable, en el transcurso de la práctica jurídica, apelar a criterios extrajudiciales en relación a ciertos casos que lo exigen. En una primera parte del trabajo definimos y acotamos la idea de “caso difícil”. En una segunda parte, situamos históricamente el pragmatismo legal o jurídico y detallamos específicamente su mirada sobre la práctica jurídica. En este apartado, discutimos la objeción que ha lanzado Ronald Dworkin en contra del pragmatismo legal de conducir a un “relativismo jurídico”. A favor de Dworkin, concedemos que es totalmente aceptable que la apelación a criterios extrajudiciales abre lugar a arbitrariedades. En una tercera parte, sobre el trasfondo de la perspectiva pragmatista, defendemos que si bien los jueces no pueden contar con una restricción normativa sustantiva, sí pueden atender a restricciones lógico-informales. De este modo señalamos dos restricciones de esta índole.

PARTE 1. Los jueces interpretan

En Argentina suele decirse que los jueces hablan a través de sus fallos. Quien ha visto alguna vez un fallo judicial sabe que allí no abundan las referencias a opiniones personales (no hay expresiones del tipo ‘creo que’ o ‘pienso que’). Suele emplearse la tercera persona para referir al juez que lo formula y ese cambio de persona en la redacción no es casual: busca darle un carácter impersonal al escrito legal. El juez habla y da respuesta de lo que dice ante la comunidad. Pero eso que dice está respaldado en normas que él no decidió arbitrariamente. Aquí está, en efecto, el espíritu del texto: un fallo judicial es un texto sostenido por leyes y, en algunos casos, por jurisprudencia¹ que funcionan como respaldo para una decisión que se juzga consecuencia lógico-informal o formal de ellas. Si uno toma en cuenta que las leyes y la jurisprudencia son producto de procesos de discusión democráticos, aceptados por la comunidad legal y la comunidad en general, no resulta sorprendente que en la gran mayoría de los casos logremos comprender sin problemas cómo el juez llegó a su conclusión. Basta con pensar qué normas, atendiendo a los hechos, hubiéramos aplicado nosotros para comprender su decisión. Dado que los hechos son conocidos y las normas son explícitas toda diferencia con el juez resulta mínima pero siempre comprensible.²

Pero hay casos en donde la voz impersonal del juez resulta chocante. Son los casos en donde estamos convencidos de que el juez *interpretó*. Por *interpretar entendemos la acción de apelar a uno o más criterios que no forman parte del marco de la letra de la ley o de la jurisprudencia*. En tales circunstancias suele decirse que el juez apela a un ‘criterio propio’. El hecho de que tales criterios no estén incluidos en el derecho positivo, por otra parte, no es una falencia de la ley sino un aspecto inevitable de la práctica legal. La apertura a criterios que no están presentes en las normas explícitas, por otra parte, puede dar lugar a arbitrariedades. Pero vale reparar en la expresión modal ‘puede’ que debe tomarse aquí en

¹ En la ley Argentina no hay normativas que exijan a los jueces aplicar en forma obligatoria la jurisprudencia.

² La forma de establecer una diferencia con un juez sin discutir la legalidad de su fallo exige la célebre diferenciación entre legalidad y legitimidad de la norma. Como se verá a lo largo del trabajo un modo de establecer un caso difícil es cuestionando, pese a la consistencia lógica de un fallo, su legitimidad.

todo su sentido: no necesariamente que un juez apele a criterios externos a la ley- criterios extrajurídicos- lo convierte en arbitrario.

Tomando en cuenta este rasgo constitutivo de la aplicación de la ley positiva, la interpretación es un recurso inevitable de los jueces para casos en donde la mera aplicación de la ley, mediante un *modus tollens* al modo de si p entonces q, p entonces q, no resulta factible (Nino, 2013). A estos casos donde no es posible interpretar se los llama casos difíciles. Los casos difíciles son objeto de interpretación y de decisión judiciales. Por otra parte, son el objeto primordial del análisis de la epistemología jurídica.

En el presente trabajo discutimos la posibilidad de establecer cierta restricción normativa a un aspecto fundamental y polémico de la práctica jurídica: las decisiones judiciales en casos difíciles, es decir, casos en donde una o más normas legales no bastan para justificar la instancia de decisión o fallo o bien casos en donde una o más normas legales no bastan para legitimar la legalidad del fallo. Nuestra estrategia es señalar aquello que los jueces están habilitados a hacer en casos difíciles tomando en cuenta una consideración que atribuimos a la tradición del pragmatismo legal (de creciente interés en las últimas décadas): resulta inevitable, en el transcurso de la práctica jurídica, apelar a criterios extrajudiciales en relación a ciertos casos que lo exigen. En una primera parte del trabajo definimos y acotamos la idea de “caso difícil”. En una segunda parte, situamos históricamente el pragmatismo legal o jurídico y detallamos específicamente su mirada sobre la práctica jurídica. En esta parte, discutimos la objeción que ha lanzado Ronald Dworkin (1986) en contra del pragmatismo legal de conducir a un “relativismo jurídico”. A favor de Dworkin (1986), concedemos que es totalmente aceptable que la apelación a criterios extrajudiciales abre lugar a arbitrariedades. En una tercera parte, sobre el trasfondo de la perspectiva pragmatista defendemos que si bien los jueces no pueden contar con una restricción normativa sustantiva, sí pueden atender a restricciones lógico-informales. De este modo señalamos dos restricciones de este tipo: el juez (1) debe argumentar las razones por las cuales el caso excede la norma del derecho positivo (por qué es un caso difícil) (2) debe explicitar el criterio externo al que se apele, esto es no darlo por descontado, y mostrar su articulación lógico-informal con normas del derecho positivo.

Caso difícil

¿Cuáles son exactamente los casos difíciles en la práctica jurídica o legal? La caracterización de que se trata de un caso en donde una o más normas legales no bastan para siquiera justificar la instancia de decisión o fallo o bien un caso en donde una o más normas legales no basta para legitimar la legitimidad del fallo, no carece de vaguedad. Por su parte, la práctica ofrece variantes en este punto y así no es que haya un solo tipo de caso difícil. Según lo que podemos relevar rápidamente de la praxis jurídica hay al menos tres tipos de casos difíciles que demandan la apelación a criterios extrajurídicos por parte de los jueces:

1) *Casos de vacío legal*: se supone que no hay una normativa que rija – que declare que no es un delito ni que no lo sea- el conjunto de hechos³ o situación sobre el cual el juez se pronuncia.

2) *Casos de contradicción normativa*: se trata de casos en donde un hecho plantea una oposición lógica entre dos normativas que marcan un delito. El conflicto se expresa cabalmente en un silogismo hipotético: si se aplica A entonces se anula B, si se aplica B entonces se anula A (y tanto A como B expresan un hecho condenable que no puede pasarse por alto). Ante semejante disyuntiva el problema es qué criterios se emplean para decidir entre A o B.

3) *Casos de amplitud en el tiempo determinado (graduación) o fin de una condena*. Vale explicar mediante un ejemplo: el artículo 79 del Código Penal argentino dispone una pena entre 8 a 25 años para el caso de homicidio simple incluyendo dos artículos para la graduación de la pena. En este contexto la pregunta es en base a qué criterios el juez articula el acto con las cláusulas de graduación para decidir cierta cantidad de años en lugar de otra.

³ Tentativamente hacemos un uso poco crítico del concepto de hechos en el marco de las sentencias judiciales. Para un análisis profundo de la noción de hechos en el marco de la justificación de sentencias ver Caracciolo, Ricardo, "EL problema de los hechos en la justificación de sentencias", ISONOMÍA No. 38, abril 2013, pp. 13-34

Presumiblemente hallamos otros casos que se ajusten a la definición general. No obstante cabe el ejercicio de aplicar lo que digamos de aquí en adelante en relación a cómo es posible esbozar restringir normativamente la interpretación judicial en casos difíciles.

Volvamos de nuestro excursus. La explicitación y comprensión de los criterios jurídicos en casos difíciles no es una tarea menor dentro del ámbito de la práctica jurídica. De acuerdo a la estrategia expositiva clásica de la filosofía del derecho los casos difíciles exponen con claridad el conflicto entre concepciones sustantivas de la ley (i.e. positivismo vs iusnaturalismo). Es entonces donde se discute con profundidad el vínculo entre la moral y el derecho ante la instanciación de un caso concreto. En contraste con este modo de analizar el derecho la epistemología jurídica, tal como la entendemos, toma como punto de partida los casos difíciles o polémicos como eje especulativo fundamental para derivar desde allí una concepción integral relativa del derecho. En lo básico, la epistemología jurídica se centra en la figura del juez como paradigma del interpretante de la ley. El interpretante en cada caso puede ser un abogado, un juez o un ciudadano más o menos informado en derecho. La idea, sin embargo, es que la ley se interpreta tal como un juez –alguien que debe decidir en un contexto particular- lo haría.

Este modo de considerar el derecho a saber -antes que esbozar una teoría del derecho tematizar la práctica jurídica - es deudor de la metodología de los trabajos en teoría general del derecho de Ronald Dworkin. Desde *El imperio de la Justicia* Dworkin (2012) plantea que los jueces tienen “teorías interpretativas acerca de su práctica” –notemos particularmente el término teoría en lugar de convicciones o recursos. “Por lo general, – dice Dworkin (2012, 73)- para los jueces es un deber continuar en lugar de descartar la práctica que han elegido. De modo que desarrollan, en respuesta a sus propias convicciones e instintos, teorías laborales sobre la mejor interpretación de sus responsabilidades bajo dicha práctica”. En esta medida, la reflexión sobre su propia práctica no le obliga al juez tanto a tener una concepción del derecho como un todo sino a nutrirse de un conjunto de criterios definidos para decidir en casos polémicos. Para Dworkin es insalvable que dichos criterios difieran de juez a juez y que incluso cambien en un mismo juez a lo largo de años de profesión. Pero, por otra parte, hay restricciones que conducen a la “convergencia” tales como la citación de o apelación a precedentes o los usos del lenguaje ordinario. La teoría

general del derecho, para Dworkin (2012), toma por objeto esa necesidad y dificultad de convergencia en los criterios de decisión.

Es obvio que no hay una única alternativa para encarar este análisis de criterios de interpretación y decisión judiciales o de elaborar una epistemología jurídica (el propio Dworkin (2012) llama a su posición “derecho como integridad” y la diferencia de su propia versión del pragmatismo legal). No obstante, dentro de las diversas opciones teóricas el pragmatismo legal –tal como lo presentamos en la siguiente sección- pone el foco de sus consideraciones en la interpretación y decisión judiciales. El pragmatismo legal parte del hecho de que un juez decide en un *contexto* determinado y que no inevitablemente debe contar con una teoría sustantiva del derecho, *a priori*, como condición para interpretar normas y tomar decisiones. Esto, por otra parte, no quiere decir que el juez no tenga convicciones epistemológicas sobre el derecho ni que se defina sobre qué vínculos se establecen entre normas y hechos. Todo aquel que se adentre apenas en el debate en torno del vínculo entre moral y derecho advertirá que en el fondo una parte de la discusión es acerca de hasta dónde permitir que el juez interprete. En este sentido, cierto carácter relativo –o más bien *situado*- que parece que el pragmatismo atribuye a las normas legales se explica al profundizar en la cuestión de la naturaleza de lo normativo.

PARTE 2 Algunas consideraciones sobre pragmatismo legal:

Lógica de la experiencia y derecho: Dewey y Holmes

Se puede advertir la influencia del pragmatismo en el ámbito jurídico en un autor indiscutiblemente clásico dentro del movimiento tal como lo es John Dewey (1924) quien hacía referencia a “*la infiltración en el Derecho de una lógica más experimental y flexible*” y “*una necesidad tanto social como intelectual*”, una lógica en consonancia con los postulados pragmáticos “*relativa a las consecuencias antes que a los antecedentes*” (Dewey, 1924: 25-26). De acuerdo a Dewey la práctica legal expresaba la necesidad de una lógica que atendiera a aspectos de la experiencia –informales diríamos hoy.

Tomando en cuenta este primer aspecto del interés del pragmatismo en la ley es posible enumerar cuatro puntos que definen al pragmatismo legal.

1) En primer término el pragmatismo legal puede ser visto como una particular concepción de la lógica aplicada a y motivada por la práctica jurídica. En este sentido son ineludibles los aportes pioneros de Holmes recogidos tempranamente por Dewey.

Para Dewey (1924) la lógica consistiría en un conjunto de procedimientos donde se obtienen conclusiones luego de haber analizado las distintas alternativas posibles a partir de la experiencia. En tal sentido las decisiones que se tomen en el razonamiento jurídico y judicial son similares a las decisiones tomadas por los ingenieros, comerciantes, médicos, banqueros. “En la ley ciertamente estamos preocupados por la necesidad de resolver sobre un curso de acción que debe perseguirse, dando el juicio de uno u otro tipo a favor de la adopción de un modo de conducta y en contra de otro” (Dewey, 1924:18). La lógica consistiría fundamentalmente en un instrumento para facilitar la toma de decisiones.

Como punto de referencia de la práctica legal que se ajusta con su concepción de la lógica Dewey toma el análisis de Holmes⁴ sobre las nociones jurídicas. Para Holmes las normas jurídicas una vez creadas en un sistema legal son coherentes entre sí pero inertes y deben aplicarse a situaciones concretas. La lógica no puede servir como un sistema rígido en la toma de decisiones. En vez de partir de premisas, partimos de la decisión más favorable para el caso concreto entre todas las alternativas posibles.

De igual modo Dewey considera que las proposiciones generales que conforman la ley deben guardar coherencia interna entre sí, pero en última instancia, se trate del campo de los contratos, derechos de daños, delincuencia, etc, la decisión judicial se encuentra subordinada a la experiencia, con un contexto político y económico determinado. De este modo la lógica pasa a ser una disciplina empírica.

En lo que respecta a la historia del pragmatismo la lectura deweyana de las tesis de Holmes oficiaría como el punto de partida para el inicio de una línea legal dentro del pragmatismo en los Estados Unidos.

2) En segundo término el pragmatismo legal puede juzgarse una crítica de una concepción tradicional de la práctica jurídica. En medio de una crisis socioeconómica a principio del siglo XX, se comenzó por indagar acerca del conflicto de intereses y objetivos sociales, que no podía ser resuelto deductivamente; en este sentido, Holmes⁵ manifestaría que la vida del Derecho nunca fue lógica sino que ha estado condicionada siempre por la experiencia. Atendiendo a esto, Holmes propondrá que las instituciones jurídicas deban ser reevaluadas constantemente en función de sus consecuencias. De este modo, emerge una perspectiva pragmática o funcional.

⁴Holmes cit. por Dewey en: *"Justice Holmes has generalized the situation by saying that "the whole outline of the law is the resultant of a conflict at every point between logic and good sense the one striving to work fiction out consisten resultats, the other restraining and at last overcoming that effort when the resultats become too manifestly"*, en *Collected Legal Papers*, p. 50 ob. Cit. por Dewey en "Logic Method and Law, ob. cit. en bibliografía.

⁵Respecto de Holmes se recomienda el análisis efectuado por Susan Haack en su artículo "On Legal Pramatism: Where does "The Path of the Law" Lead Us ?", *The American Journal of Jurisprudence*, V. 50, Notredame Law School, Natural Law Institute, 51-105.

Con Holmes comienza a rechazarse una visión del derecho. El derecho ya no es entendido como algo preexistente, que el jurista debe descubrir sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas. (Solar Cayón, 2012). Otros de los autores exponentes que, poco más tarde, puede juzgarse como indicador del pragmatismo legal es Pound (1938), quien concibe la experiencia jurídica como una formidable tarea de ingeniería social. El quehacer jurídico constituye a su entender una tarea altamente especializada de control y ajuste de las relaciones sociales en busca de un sistema de compromisos entre demandas en conflicto (Solar Cayón, 2012). El pragmatismo jurídico es, por consiguiente, una teoría crítica de las imágenes más tradicionales de la ley y, más concretamente, de la toma de decisiones judiciales. Por visión clásica de la ley debe entenderse una teoría que deja en un rol secundario la práctica jurídica y se basa en casos que hacen hincapié en la calidad de los hechos específicamente jurídicos, el análisis minucioso de los precedentes y a lo sumo en los alcances del argumento por analogía.

3) Por otra parte, el pragmatismo legal puede ser caracterizado como una teoría con pretensiones descriptivas. Es decir, como una teoría sobre lo que realmente sucede con los actores sociales que interpretan y aplican la ley, a pesar de la prevalencia ideológica del modelo clásico. El pragmatismo legal descriptivo piensa que la imagen clásica de la jurisprudencia no se ajusta a los hechos de la ley, y que una imagen pragmatista ofrece una mejor descripción. Un pragmatismo legal toma quizá a los realistas legales como precursor histórico. Los realistas legales afirmaron que la ley era mucho más descuidada y más política. En otras palabras, que las razones y los datos que ofrece el modelo clásico de la toma de decisiones jurídicas no explica adecuadamente las acciones de las instituciones jurídicas. El pragmatismo legal, por lo tanto, busca evidencia empírica y se opone a una visión limitada de la toma de decisiones.

4) Por último el pragmatismo jurídico puede ser enfocado como una teoría normativa que trata la ley y el ámbito legal como una herramienta útil

para fines sociales. El pragmatismo legal se opone al estilo racionalista de la argumentación aplicada tradicionalmente en la argumentación jurídica.

Estos cuatro puntos son cuatro vías de acceso para una concepción que no sólo se pronuncia sobre la práctica jurídica sino que reivindica la prioridad de ésta sobre una teoría absoluta sobre el derecho. Desde el principio el pragmatismo advierte el carácter contingente, relativo, cambiante e histórico de la práctica jurídica como un dato del que los jueces deben hacerse cargo sin culpas.

El pragmatismo legal en nuestros días: Posner

En nuestros días el principal representante del pragmatismo, al menos reconocido por una figura eminente como es Dworkin, es Posner (1996, 1-20). Posner posee una propia configuración del pragmatismo legal que vale la pena para complementar nuestros cuatro puntos. Este filósofo y reconocido jurista que decidió en el juicio que –al decir de Dworkin- cambió la historia del mundo (en relación a la elección de Bush contra Gore) considera que el pragmatismo tiene tres rasgos característicos: 1) desconfianza ante las entidades metafísicas; 2) prioridad del resultado sobre la intención y 3) prioridad de la responsabilidad sobre la convicción (Posner, 1996). Posner rechaza la idea de principios objetivos a los cuáles deba ajustarse el Derecho. En tal sentido Posner, al igual que Dewey al hablar de la experiencia y de Holmes- considera al pragmatismo una práctica instrumental, dirigida hacia adelante, activista, empírica, escéptica, antidogmática que defiende la primacía de las consecuencias –término ambiguo si los hay- tanto en la interpretación como en los otros campos de la razón práctica, la continuidad del discurso legal y el moral, y una actitud crítica en vez de piadosa hacia la historia y la tradición.

Aparte de Posner actualmente la filósofa Susan Haack realiza un trabajo fundamental de exégesis –inexistente hasta ella- y desarrollo del pragmatismo legal. Haack (2009) expone la transmutación de un viejo pragmatismo hacia uno nuevo y concluye que es fácil quedarse atrapado en la cuestión de cuáles son las variantes que califican como pragmatismo auténtico pero es mejor —potencialmente más fructuoso y apropiadamente

progresista— preguntarse más bien qué podemos aprender de la vieja tradición pragmática y del naufragio intelectual de la nueva.⁶ Haack (2011) se ha centrado en la “falibilidad moral” de los jueces como cualquier otro ser humano; pensar lo contrario sería peligroso; cometen errores como cualquier humano. Asimismo ha reconocido desde el pragmatismo la importancia del desarrollo del significado y cómo éste puede contribuir al progreso de la ciencia y a la adaptabilidad de un sistema jurídico a las circunstancias cambiantes.⁷ Sin embargo, su principal aporte a la exposición del pragmatismo legal es indicar que parte de la clave de esta opción epistemológica dentro del derecho está en la consideración de una lectura concreta y situada sobre la moral. A menudo tiende a pensarse que el pragmatismo legal rechaza dogmáticamente toda concepción moral. Como veremos en la siguiente sección esta atribución es el centro de la principal crítica del pragmatismo jurídico que le realiza Dworkin desde *El imperio de la ley* y hasta sus últimos trabajos.

La crítica de Dworkin del pragmatismo legal

Dworkin (2012) sostiene que el pragmatismo asume que la práctica legal se comprende mejor como un instrumento de la sociedad para lograr sus objetivos. Frente a este enfoque contrapone su versión del “derecho como integridad” donde el objetivo fundamental es responder a la necesidad de que una comunidad política actúe de forma coherente y de acuerdo a principios establecidos para todos sus miembros.⁸

⁶ Cfr. GORRA, D, “Los métodos del pragmatismo legal” en Lariguét, G. (coord. y comp.) 52 *propuestas metodológicas para investigar* (en prensa).

⁷ Cfr. HAACK, S. (2009) “The growth of meaning and the limits of formalism: in science, in Law”, *Análisis Filosófico* XXIX N° 1 - ISSN 0326-1301 (mayo 2009) 5-29.

⁸ La propia versión de Dworkin de la toma de decisiones jurídicas se titula “Derecho como integridad” (Dworkin, 1986). De acuerdo con esta teoría, la *coherencia* (Lariguét, 2011) con las decisiones judiciales anteriores se destaca como una de las virtudes jurídicas más importantes. Él ofrece la imagen de una creación imaginaria, la “novela en cadena,” para argumentar a favor de la centralidad del precedente en el derecho. Una novela en cadena es un texto narrativo que se va escribiendo por capítulos. Después de la creación de cada nuevo capítulo, en la novela se pasa a un nuevo autor para su posterior elaboración. Dworkin sostiene a este respecto que seguramente querríamos que la nueva autora se percatase de la importante necesidad de cohesionar y respetar el

Las críticas de Dworkin respecto del pragmatismo legal, se han centrado principalmente en la figura de Posner (Pérez de la Fuente, 2012), cuya versión del pragmatismo, sostiene Dworkin, conduce a la nada. ¿Cuál es la principal debilidad de la perspectiva de Posner según Dworkin? Aunque insista en que los jueces deberían decidir los casos de manera de producir “las mejores consecuencias” deja a libre interpretación, deja sin especificar, deja casi en el interior de la propia conciencia inaccesible del juez, qué se entienda por “mejores consecuencias”. A favor de Posner Dworkin reconoce que el propio juez sostiene que es difícil explicitar esas “mejores consecuencias” dado que dependen de factores contextuales. Su única matización ante esta salvedad es que los jueces norteamericanos están suficientemente “de acuerdo” acerca de los fines apropiados de su sociedad, por lo que ninguna definición o discusión académica sobre tales fines es necesaria. Basta con dejar simplemente a los jueces que sigan haciendo lo que están haciendo que es, finalmente, lo que consideran mejor.

Es importante destacar que Dworkin (1986) reconoce que el pragmatismo legal es una teoría de las decisiones judiciales y que reconoce un mérito en este sentido. No en vano el define su propio desarrollo como “teoría general del derecho de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y de la práctica” pero lo acusa de ser antiteórico ante ese vacío de una definición de su consecuencialismo; parecería ser que al medir las decisiones judiciales por sus consecuencias, no sería necesaria una teoría real. En lugar de dar al menos una máxima de mejores consecuencias tal como, por caso, lo hizo célebremente John Stuart Mill en *El Utilitarismo*, no se ocupa siquiera de dar ciertos límites o normativas generales. De manera que no adopta ninguna posición respecto de la naturaleza del concepto doctrinal de derecho, sobre cómo deben justificarse de mejor modo las prácticas jurídicas contemporáneas, o sobre las condiciones de verdad de las proposiciones legales. Sin embargo Dworkin llega a reconocer

que el pragmatismo legal es una concepción poderosa y persuasiva del Derecho y supone un desafío interesante al *Derecho como integridad*.⁹

El derecho como integridad vs el pragmatismo

Es fácil entender la crítica severa de Dworkin atendiendo a su propia concepción de la práctica legal. Citamos in extenso el siguiente párrafo de Corona Nakumara donde queda en claro la diferenciación entre los dos enfoques:

“(lo que separa) al Derecho como integridad del pragmatismo jurídico, es el papel de la Teoría moral como elemento relevante en la toma de decisiones judiciales. Las posiciones iniciales de la controversia serían, por una parte, la propuesta dworkiniana de vincular Derecho constitucional y filosofía moral, aportando un marco teórico adecuado que permita a los jueces realizar su tarea desde cuestiones más específicas a las más abstractas, en lo que denomina “ascenso justificatorio”. Por otro lado, estaría el pragmatismo jurídico que, según sus adversarios, sería una posición antiteórica. Los jueces deberían decidir según las consecuencias, siguiendo el lema pragmático de “aquello que funciona”, de una forma prospectiva, mientras que las elaboraciones de la Teoría moral serían una mera cuestión académica, que no tendría que ver con el día a día de las decisiones judiciales. La oportunidad de analizar el enfoque del pragmatismo jurídico, en los países de tradición continental, vendría precisamente de la crítica del habitual papel de la Teoría para dar cuenta de la función judicial y la propuesta de alternativas que encajen mejor con la práctica jurídica” (Corona Nakamura y otro, 143-154).

Posner realiza su descargo ante el planteo de Dworkin. Sostiene que la caracterización que Dworkin ofrece del pragmatismo legal no es adecuada, ya que un juez pragmático siempre intenta hacer lo mejor que puede para el presente y el futuro, sin restricción de sentir un deber para asegurar la consistencia con el principio que otros

⁹ Aparte del pragmatismo y el derecho como integridad Dworkin utiliza una tercera posición para colocar su propio punto de vista. El convencionalismo (considera que la ley de una comunidad es solo aquello que las convenciones establecidas dicen que es)

funcionarios hayan utilizado en el pasado. La pregunta eminentemente pragmática sería: “¿Qué funciona?” mientras que la pregunta, según otras concepciones del Derecho, sería: “¿Qué reglas y puntos de vista forman conexiones, en una cadena lógica, sobre una fuente autorizada del derecho que nadie desafía?” Posner sostiene que el pragmatismo es un antídoto al formalismo.

¿Qué incomoda del pragmatismo legal?

Es posible aceptar la crítica que Dworkin realiza al pragmatismo legal. Si tenemos en cuenta el comentario de Corona Namukara es posible aceptar que el pragmatismo legal parece restarle importancia a la moral y la teorización sobre la moral. Cabe mencionar, por otra parte, una salvedad: Posner no es reconocido como el principal representante del pragmatismo legal por autoridades en la estudio de esta tradición como lo es Susan Haack por ejemplo. Sin embargo, dejando estas cuestiones –relevantes por cierto- para otro trabajo nuestro interés ahora está en que vale aceptar ciertas ideas de Posner como claramente pragmatistas. La pregunta es ¿cuáles?

En primer lugar su consideración de la práctica judicial como una práctica situada que depende de ciertas decisiones en un contexto determinado. Por otra parte, su resistencia a establecer una teoría cerrada acerca de cómo los jueces deberían decidir. Si esta negativa puede ser entendida como un “afán antiteórico” entonces Posner y el pragmatismo como movimiento filosófico en su conjunto es “antiteórico”. Sin embargo, hay dos inconvenientes en el planteo de Posner. Uno es conceptual y el otro es metodológico. El conceptual puede atribuirse sólo a Posner y el metodológico alcanza a Dewey a Holmes y al propio Posner por igual.

1) Conceptualmente Posner plantea un criterio de decisión por parte de los jueces, a saber: las mejores consecuencias para la comunidad. Ahora bien: deja sin definir ese criterio. Esto, en principio, no sería un problema pero la razón que da

para no definirlo no termina de convencer porque depende de la aceptación de (o al menos conduce a aceptar) una superioridad intelectual de los jueces. Se supone que los jueces serían detentores de un saber especial y calificado que los habilitaría a reconocer las mejores consecuencias para la comunidad en un tiempo x. Si al menos Posner diera una máxima general al estilo “el juez debe tender a evitar la violencia social interna” supongamos, eso permitiría rechazar nuestra objeción. Pero no hay siquiera visos de esto en el jurista. Siguiendo esta consideración hay una buena porción de verdad en la crítica de Dworkin.

2) Metodológicamente, en segundo término, se supone que la práctica de apelar a ciertos criterios de decisión debe tener algún tipo de marco normativo que explique la objetividad de la interpretación de los jueces. Quizá en Dewey hay un intento cabal de hacer esto en sus textos sobre lógica empírica pero no están centrados exclusivamente en el derecho. Por parte de Holmes el mismo quietismo que hallamos en Posner tiene sus más asombrosos antecedentes en *The path of law*. ¿Dejar sin teorizar la práctica de apelar a criterios extra-jurídicos, aún cuando se dé un marco de comprensión general, otorga a la práctica jurídica un *mínimum* de arbitrariedad? Todo resultaría normativo hasta que se presente un caso difícil en cuyo caso el juez decidiría de acuerdo a factores ajenos a la normatividad del derecho. Es cierto si uno reconoce el carácter contingente y social e históricamente determinado del derecho –tal como lo hace rabiosamente el pragmatismo- después no puede pretender establecer principios a priori en su teoría de la interpretación. Pero si la necesidad de una comprensión más concreta persiste y no es posible establecer principios a priori de decisión e interpretación judiciales ¿debemos resignarnos a detener nuestro afán teórico en la mera enumeración de casos difíciles? ¿qué otra salida, queda?

Parte 3 Restricción normativas lógico informales

Entre Escila y Caribdis

En nuestra búsqueda de una restricción normativa para casos difíciles en donde el juez interpreta nos encontramos con dos tensiones, con Escila y con Caribdis, que están bien expresadas en el debate entre Posner y Dworkin y en el contexto más amplio de la discusión sobre el pragmatismo legal. Como anticipo de la moraleja que deja este debate inconcluso creemos que ambos coinciden que sin una normativa mínima que regule la práctica de los jueces de apelar a criterios extrajudiciales en casos polémicos las consecuencias serían desastrosas para la práctica jurídica aunque ambos lo crean por razones diferentes.

La Escila del debate la marca Posner: dado el carácter situado de las decisiones que los jueces tomen es imposible reclamarle por anticipado, con anticipación a la *experiencia* (tomemos en cuenta la profunda relevancia de este término en las opiniones sobre leyes de Dewey), que un juez mencione qué tipo de decisión va a tomar en un caso de *tales y cuales características*. Porque las características siempre deben leerse en contexto, de lo contrario se corre el riesgo de cometer la imprudencia de desatender las diferencias. La idea deweyana de la lógica como una “disciplina empírica” expresa, en efecto, la subordinación de la decisión a la experiencia y no a la inversa. Por otra parte, así como no es posible reclamarle al juez anticipación, por la misma razón, tampoco puede achacársele incoherencia en sus fallos. Y la cuestión resulta comprensible: ningún caso difícil puede identificarse con otro. Las situaciones –las coordenadas espacio-temporales- los agentes involucrados –sus intenciones- serán siempre motivo de discrepancia. En lo concerniente a este último punto es muy útil la analogía con el fútbol: no es posible que un árbitro –el juez del partido- tenga un conjunto de normativas respecto de cuándo dictaminará que el jugador tuvo intención de tocar la pelota con la mano. A cada falta la leerá en el contexto y es posible que a ciertos aspectos perceptivos no pueda darles un carácter explícito sino que tan sólo pueda decir: “yo ví claramente la intención de tocar la pelota con la mano”. Sin irnos tan lejos de Posner dado que los agentes involucrados en los fallos judiciales son personas y no máquinas y dado que forma parte de la competencia de un juez leer las intenciones el fallo también exigirá siempre una mirada situada de los hechos dado la complejidad de la intención humana. Que un juez tenga a bien este modo realista, sin dudas antiteórico, de entender la práctica jurídica no parece una recomendación forzada.

La Caribdis del intercambio corre por cuenta de Dworkin. Ante la mención al criterio pragmatista de que una decisión debe atender a las mejores consecuencias para una comunidad, la actitud de Dworkin es la del espectador que revela el truco de un mago: es como si dijera ‘Posner plantea una norma para decidir pero al no dar una definición de esa norma o criterio su restricción se esfuma como arena entre los dedos’. Por consiguiente la mirada lapidaria de Dworkin vuelve a poner las cosas a cero. Sin embargo, hay algo que Dworkin no pone de relieve y que sin dudas Posner advierte. Si Posner diera un criterio estricto para decidir estaría proporcionando algo que él mismo *ex hypothesi* cree imposible de obtener. Posner tiene justa razón en decir ‘no me pidan algo que yo reconozco que no puede obtenerse’.

La tensión entre Escila y Caribdis no nos da una solución positiva a nuestra búsqueda. No obstante, es posible extraer la siguiente recomendación: es necesario al menos una restricción normativa en los casos de interpretación pero esa restricción difícilmente pueda resultar sustantiva. Por sustantiva entendemos una restricción que explicita ciertas ideas concretas a las que un juez se atendrá siempre ante un caso difícil. Esta moraleja resulta sin lugar a dudas frustrante pero parte de la actitud de Posner refleja la mirada relajada de cualquier pragmatista: allí donde no es posible hacer teoría tampoco se acaba el mundo. Tampoco recaemos en el caos de permitir la arbitrariedad de los jueces. Este *quietismo legal*, por llamarle de algún modo, exige que las restricciones normativas no pasen por un conjunto de principios que uno deba adoptar siguiendo un decálogo cerrado ante casos difíciles. No obstante, si la restricción normativa se hace imprescindible para evitar la arbitrariedad de los jueces y si, por otra parte, arribamos a la tesis de que no se ajustaría a la práctica jurídica una restricción sustantiva ¿qué solución resta? ¿Cuál es el hiato para poder escapar entre Escila y Caribdis?

Restricción normativa lógico-informal

Una vez más en Derecho la clave está en la lógica. Pero la lógica entendida no como una disciplina formal que no atiende a la interpretación de las proposiciones, sino en el sentido de lógica-informal, es decir, aquella que atiende a los aspectos contextuales y

pragmáticos de la argumentación. La lógica informal, como tal, es un campo de estudios más o menos reciente que toma como uno de sus tópicos preferenciales la elucidación del sentido de “informal”. Pese a la ambigüedad de este término es fácil entender esta idea en el marco de nuestra búsqueda: la lógica como la práctica de argumentar atendiendo a las profundas dificultades que plantea el lenguaje ordinario. En este sentido, dado que nuestro análisis se pronuncia sobre el derecho, suponemos que el lenguaje legal de los fallos funciona como funciona el lenguaje ordinario.¹⁰

¿Qué tipo de restricción sería una restricción lógico-informal para los casos donde los jueces interpretan? Como respuesta distinguimos dos restricciones que creemos fundamentales. Desde ya no creemos que sean las únicas concebibles pero sí las de mayor importancia. Por otra parte, es posible que resulten sumamente generales. Sin embargo, ofrecen un respaldo para darle sustento a cualquier interpretante de la ley frente a un caso polémico. Estamos pensando no en ofrecer una normativa cerrada sino una guía de articulación del fallo para sino anular al menos acotar la presunción de arbitrariedad en la apelación a criterios extrajudiciales. Tampoco, en tercer lugar, creemos que de la asunción de esta normativa se siga que necesariamente el juez decida en base a los criterios extrajudiciales a los que atiende; aún cuando no influya en su decisión la mención de criterios extrajudiciales tiene relevancia para fallos futuros.

1) En el fallo debe constar por qué el caso presente es un caso difícil. Aquí también puede haber una objeción respecto de qué criterios empleamos para decidir cuándo nos hallamos ante un caso polémico. Creemos que claramente la argumentación discurrirá por canales diferentes ante dos situaciones diferenciables: o bien hay un vacío legal o bien se cuestiona la legitimidad del fallo si es que se apelara a una normativa disponible. Pensamos que aún cuando un juez no decida en base a criterios extrajudiciales sería racionalmente deseable que mencione tales criterios pensando en que resultará útil con vistas a la modificación o ampliación del Derecho y que tendrá impacto en fallos futuros.

¹⁰ Hay un mayor carácter explícito en el derecho que no impide que se sustraiga de las complejidades conceptuales del lenguaje ordinario.

2) En los casos en que el juez decida en base a criterios extrajudiciales esa decisión puede basarse solo *parcialmente* en esos criterios. ¿Qué queremos decir con esto? Debe darse una articulación lógica-informal entre la recurrencia a un criterio extrajudicial y al menos una normativa vigente. De lo contrario es difícil no negar que un juez decide fuera de ley.

Es seguro que estas dos restricciones ya forman parte de la práctica de algunos jueces. El sentido de explicitarlas no es sólo abogar para que otros jueces tomen estos recaudos conceptuales cuando no disponen de otros sino promulgar su estudio en el enfoque metodológico propuesto: partiendo de casos difíciles. En esta medida, parte de un trabajo posterior que realizamos con nuestro grupo de investigación es la detección criterios extrajurídicos de decisión prestando atención a estas restricciones en fallos puntuales del Derecho Penal en Argentina. Uno de los objetivos generales de nuestro grupo consiste en el trabajo concreto con decisiones judiciales. De esta forma en la elaboración conceptual de una restricción normativa lógico-informal –que en este trabajo sólo acotamos y mencionamos- atendemos a fallos concretos no sólo para relevar datos sino para pensar cómo sería posible mejorarlos argumentativamente. La Caribidis de Dworkin, en torno del riesgo que caer en arbitrariedad, acecha como una amenaza que no sólo invalida el trabajo de un juez sino que tiene un efecto nocivo sobre la comunidad en general. La Escala de Posner, haciendo hincapié en la especificidad de los casos, vuelve a la práctica jurídica más compleja y exige repensar una y otra vez la articulación entre las normas y los hechos.

Parte 4. A modo de conclusión

En este ensayo intentamos presentar cierta restricción normativa lógico-informal para casos difíciles en donde los jueces están habilitados para interpretar. En una primera parte, definimos la idea de caso difícil. En segundo lugar presentamos ciertas consideraciones que el pragmatismo legal hace sobre la práctica jurídica. Ese trasfondo nos sirvió para exponer el debate entre Dworkin y Posner en torno de los criterios extrajurídicos a los que apela un juez. Como moraleja de ese debate recogimos que no nos resulta

concebible una restricción normativa sustantiva para las decisiones en casos judiciales polémicos. Como respuesta a este condicionamiento propusimos ciertas restricciones de índole lógico-informal (o material). Enumeramos, por consiguiente, dos recomendaciones para articular fallos. Creemos que dichas restricciones funcionan como recursos conceptuales para limitar el riesgo de la acusación de arbitrariedad en la apelación a criterios extrajurídicos sin resignar una mirada específica ni la profundidad constitutiva de los casos difíciles en cuestión.

Parte 5. Bibliografía:

CARACCIOLO, R., “EL problema de los hechos en la justificación de sentencias”, *ISONOMÍA* No. 38, abril 2013, pp. 13-34

CORONA NAKAMURA, L. – ROSALES RODRIGUEZ M, “El derecho más allá del derecho”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 143-154.

DEWEY, J., (1924), “Logical Method and Law”, 10 *Cornell L. Rev.* 17.

DWORKIN, R. (1986), *Law’s Empire*, Cambridge, University Press.

DWORKIN, R.; (2012) *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.

GORRA, D, “Los métodos del pragmatismo legal” en Lariguet, G. (coord. y comp.) 52 *propuestas metodológicas para investigar* (en prensa).

HAACK S. (2005), “On Legal Pramatism: Where does “The Path of the Law” Lead Us ?”, *The American Journal of Jurisprudence*, V. 50, Notredame Law School, Natural Law Institute, 51-105.

HAACK, S. (2009) “The growth of meaning and the limits of formalism: in science, in Law”, *Análisis Filosófico* XXIX N° 1 - ISSN 0326-1301 (mayo 2009) 5-29.

HAACK, S. (2009), “Viejo y nuevo pragmatismo”, *DIÁNOIA*, Vol. XLVI, Núm. 47, (Noviembre 2009), 21–59.

LARIGUET, G. (2011), "Todo lo que Ud. quería saber sobre coherencia y no se atrevió a preguntarle a Amalia Amaya", *Discusiones: La coherencia en el derecho*, núm. 10 (2011), pp.87-137.

NINO, C.S. (2013), *Ocho lecciones sobre ética*, Buenos Aires, Siglo XXI.

POSNER, R. (1996), "Pragmatic adjudication", *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996-1997, pp.(1-20) 18.

POSNER, R. (1996), *Overcoming Law*, Harvard University Express.

POUND, R. (1938), "Fifty Years of Jurisprudence (IV)", *Harvard Law Review*, Vol. LI, Núm. 5, p. 777-812.

SOLAR CAYÓN, J.I. (2012), "Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 2, pp. 176-226.

STUAR MILL, J. (1984), *El Utilitarismo*, Madrid, Alianza Editorial.