



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de  
Valparaíso  
Chile

Martínez Cinca, Carlos Diego

¿Cómo decidir los “casos difíciles”? Del giro pragmático de la jurisprudencia al consecuencialismo

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLIII, julio-diciembre, 2014, pp. 703-730

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173636985016>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ¿CÓMO DECIDIR LOS “CASOS DIFÍCILES”? DEL GIRO PRAGMÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA AL CONSECUENCIALISMO\*

[Deciding “Hard Cases” About the Pragmatic Turn of Jurisprudence to  
Consequentialism]

Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA\*\*  
Universidad de los Andes, Santiago, Chile

### RESUMEN

El trabajo discute las principales tesis del “giro pragmático” de la jurisprudencia preconizado por el juez norteamericano Richard Posner. Luego muestra la incompatibilidad existente entre una teoría pragmática y el imperativo constitucional de imparcialidad en la adjudicación. Por último, sienta las bases de una teoría de la adjudicación que, sin caer en un consecuencialismo estricto, compromete la razón práctica del juez con las demandas razonables del cambio social.

### PALABRAS CLAVE

Pragmatismo – Consecuencialismo –  
Adjudicación – Posner – MacCormick.

### ABSTRACT

This work deals with the main theories about the “pragmatic turn” of jurisprudence advocated by American judge Richard Posner. Then it shows that a pragmatic theory and the constitutional imperative of impartial adjudications are incompatible. Finally, it lays the foundations of a theory of adjudication, which, without being strictly consequentialist, compromises the practical reason of the judge in terms of the reasonable demands of social change.

### KEYWORDS

Pragmatism – Consequentialism –  
Awarding – Posner – MacCormick.

RECIBIDO el 20 de octubre y ACEPTADO el 22 de diciembre de 2014

---

\* El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto FONDECYT (Chile) Posdoctorado N° 3120252. El autor agradece el apoyo institucional y financiero recibido de FONDECYT

\*\* Profesor en el Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago de Chile. Correo: cd-martinez@miuandes.cl

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El eslogan de que los jueces deberían ajustar su labor jurisdiccional a las exigencias del entorno social parece estar ganando cada día mayor aceptación en buena parte del universo jurídico de nuestros días, especialmente entre los propios jueces<sup>1</sup>. En efecto, la propuesta de un “giro pragmático” en la jurisprudencia parece haber calado hondo 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 sociales, económicos y de gobernabilidad”<sup>2</sup>. Entre los factores sociales que explicarían esa mayor demanda de pragmatismo o conexión con el mundo de parte de los jueces, algunos autores han señalado la desconfianza de la gente común en los principios “formalistas” de administración de justicia, el creciente posicionamiento de los medios como vehículos de presión social en aras de una realización efectiva de justicia “como tenga lugar”, y el temor a una posible desintegración del Estado de Derecho por el avance de la impunidad<sup>3</sup>. Sin embargo, no es mi propósito ocuparme aquí de las posibles causas sociológicas que servirían para explicar este giro pragmático de la jurisprudencia, sino de sus aspectos conceptuales, y sobre todo de los argumentos que justificarían la pretensión de orientar la jurisprudencia en función de las consecuencias sociales, económicas y políticas de las sentencias antes que por los imperativos contenidos en la Constitución.

Dichos argumentos han sido agudamente articulados y expuestos por el juez Richard Allen Posner, mejor quizá de lo que cualquier otro referente de la teoría jurídica contemporánea haya hecho en esa dirección. A Posner se lo asocia comúnmente al movimiento del “Law and Economics” (“Análisis económico del derecho”), a cuya fundación y difusión académica contribuyó, por cierto, hace ya más de tres décadas. Pero en el giro pragmático del “último Posner” (si cabe la expresión) es posible hallar una argumentación audaz en torno a las razones por las cuales los jueces deberían adoptar un enfoque pragmático de la adjudicación que contemple la Constitución no como un texto completo y suficiente en sí mismo, sino como un texto más bien indeterminado, cuyo sentido sólo puede develarse en la historia merced

---

<sup>1</sup> NUNES DE ARRUDA, Thais, *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin* (São Paulo, Facultade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011), p. 14.

<sup>2</sup> Ibíd., p.15.

<sup>3</sup> NALINI, José Renato, *A rebelião da toga* (Campinas, Millennium Editora, 2008), p. 9.

a las preferencias hermenéuticas y a las valoraciones políticas de los jueces que sientan jurisprudencia en los llamados “casos difíciles”. Ese enfoque pragmático que los jueces adoptan de hecho, según Posner, incluso sin mediar una adhesión explícita o consciente a sus fundamentos filosóficos, se verifica en la solución de aquellos casos difíciles en los que el compromiso con la estabilidad democrática exige acompañar los procesos sociales, políticos y económicos por los que atraviesa un estado republicano en las diversas fases de su historia<sup>4</sup>. Sin embargo, y para expresarlo en pocas palabras, los argumentos pragmáticos de Posner arrojan el guante a la esencia misma del mandato constitucional de imparcialidad en la administración de justicia.

Sería difícil hallar, por cierto, algún juez que admiriese abiertamente a semejante enfoque de la discrecionalidad judicial en la solución de los casos difíciles, como el propio Posner reconoce. Pero existe, según su criterio, “un buen número de decisiones judiciales que no podrían ser explicadas de otro modo”, sin contar que existiría, además, un “apoyo académico implícito”<sup>5</sup> [sic] que se va reflejando de manera creciente en investigaciones y encuestas como la citada más arriba.

Ahora bien, este giro pragmático de la jurisprudencia –que parece responder a una “confusa y perturbadora” historia por más de un siglo presente en la filosofía y en la teoría jurídica norteamericana<sup>6</sup>– plantea no uno sino varios desafíos al imperativo constitucional de imparcialidad judicial. El desafío principal exige dar una respuesta que vaya más allá del nivel emocional en el que parecería fundarse el rechazo del activismo judicial con la consiguiente apelación a la “deferencia judicial” (por no mencionar la agitación de los fantasmas agazapados en la idea de una “tiranía de los jueces”). En efecto, es posible que el nivel emocional de tales respuestas se halle, todavía hoy, favorecido por el espíritu de la época, una época que continúa contemplando la imparcialidad como un compromiso público generalmente compartido por quienes tienen la misión de administrar justicia, y que vale la pena mantener. Sin embargo, los espíritus de época mutan, a veces de manera impredecible, y no es necesario aclarar que el imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia no puede quedar sujeto a tales

<sup>4</sup> POSNER, Richard, *The Constitution as an Economic Document*, en *George Washington Law Review*, 56 (1987) 4, p. 32.

<sup>5</sup> Ibíd., p. 32. Sobre la adhesión implícita al pragmatismo, un jurista español reconoce que “se puede ser pragmatista sin adscribirse a un tipo de instrumentalismo como el de Posner”, aun cuando reconoce que muchos de los rasgos que señala en su “manifesto pragmatista” sean, en su opinión, “perfectamente aceptables” [ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta, 2013), p. 102].

<sup>6</sup> HAACK, Susan, *Viejo y nuevo pragmatismo*, en *Diánoia*, 46 (2001) 47, pp. 21-59.

mutaciones<sup>7</sup>. De hecho, voces autorizadas ya han mostrado su preocupación por la fragilidad de nuestra época para contener el avance del pragmatismo y el derrumbe de algunos pilares fundamentales del Estado de Derecho<sup>8</sup>. Por consiguiente, la respuesta al desafío planteado por el giro pragmático debe ser capaz de trascender el espíritu de la época (sea cual fuere la dirección en la que se mueva dicho espíritu) y articularse en el terreno de las razones, en el nivel argumentativo.

En ese nivel argumentativo habría que responder, entonces, preguntas como: ¿es correcto y tiene sentido seguir sosteniendo la necesidad de que los jueces sean imparciales en la solución de los “casos difíciles”<sup>9</sup>, aun cuando eso implique hacer honor al viejo y dudoso adagio *“fiat iustitia, et pereat mundus”*? Luego, en los casos comúnmente llamados “difíciles”: ¿deberían los jueces velar por las consecuencias de sus sentencias? Suponiendo que lo hiciesen, ¿qué tipo de consecuencias deberían entonces tomar en cuenta a la hora de decidir los “casos difíciles”: sólo las sociales, las políticas, o también las económicas? Las preguntas no acabarían allí, pues deberíamos continuar preguntando por la conveniencia de tal o cual esquema de commensuración o cómputo de las consecuencias, es decir, por la conveniencia de un utilitarismo

---

<sup>7</sup> Un ejemplo de lo impredecible que pueden resultar esos espíritus de época en la evolución de la jurisprudencia lo proporciona la historia del “Law and Economics”, que parece haber sido un movimiento de raíces mucho más profundas de lo que el propio relato de la Escuela de Chicago ha expuesto de manera oficial. En efecto, la declinación inicial de este movimiento y su ulterior aceptación parecen estar vinculadas más al clima espiritual de la comunidad académico-jurídico norteamericana que a la claridad y precisión conceptual de sus propuestas. Véase: MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *El análisis económico del derecho: semblanza de un estatuto epistemológico en perspectiva bicentenaria*, en MEDINA ROMERO, Miguel Ángel (coordinador), *Derecho y ciencias sociales. Perspectivas bicentenarias latinoamericanas* (México, Cienpozuelos, 2011), pp. 339-373.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald, *Darwin's New Bulldog*, en *Harvard Law Review*, 111 (1988) 7, pp. 1718-1719, n. 6. El avance del pragmatismo sobre el mandato de imparcialidad judicial en gran medida estaría vinculado, para este gran jurista norteamericano ya desaparecido, al “espíritu populista y anti-teórico” cada vez más presente en la vida intelectual de Norteamérica.

<sup>9</sup> La expresión “casos difíciles” fue acuñada por Ronald DWORKIN [*Hard Cases*, en *Harvard Law Review*, 88 (1975) 6, p. 1057 ss.]. El jurista norteamericano intentaba en ese trabajo refutar la tesis hartiana sobre la discrecionalidad judicial en la trama o “textura abierta” del derecho. Pero la expresión “casos difíciles” es por cierto problemática, pues no parece haber una tipología única para identificar cuáles casos serían difíciles y cuáles no. Aquí se emplea en su significación más amplia, refiriéndose a los 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” [ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México, Universidad Autónoma de México, 2005), p. 72].

de reglas o de actos, y con ello no haríamos más que entrar de lleno en los dilemas filosóficos del utilitarismo y del consecuencialismo.

Como resulta imposible dar respuestas a todos esos interrogantes en los límites de un solo trabajo, me propongo aquí reconducir todas estas preguntas a una sola, en la convicción de que con el esclarecimiento de esta pregunta se estará dando respuesta al desafío central que el giro pragmático plantea al imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia. Dicha pregunta es: ¿resulta razonable –y en consecuencia resulta deseable desde el punto de vista de una sana teoría jurídica– que los jueces obedezcan el imperativo metodológico fundamental del pragmatismo? En otras palabras: ¿es razonable, y en consecuencia deseable, que los jueces asuman un mayor compromiso con el mundo que los rodea y procuren, por consiguiente, la maximización del bienestar general o algo por el estilo, cualquiera sea el nombre que se le dé a un determinado objetivo social en vistas del cual debería orientarse la jurisprudencia, incluso si se identificase ese objetivo con la “mayor felicidad para el mayor número de personas”?

Sea cual fuere la noción de bienestar general o de felicidad a la que los jueces adhiriesen, lo que estaría en juego en el imperativo metodológico del giro pragmático que Posner postula es, sencillamente, una orientación decisiva del razonamiento jurídico –que según MacCormick no es más que “un tipo especial, altamente institucionalizado y formalizado, del razonamiento moral”<sup>10</sup>– hacia los resultados, hacia las consecuencias o impacto de las sentencias en el entorno social, sin importar los principios jurídicos de los que parta la argumentación, porque cualquier principio podría ser manipulado por la retórica judicial para justificar las consecuencias que se deseen, como Posner argumenta<sup>11</sup>.

Para responder este interrogante, procederé de la siguiente manera. En primer lugar enumeraré las principales tesis de Posner en relación al problema de cómo los jueces deberían resolver –y de hecho resuelven, según su criterio– los llamados “casos difíciles” siguiendo un enfoque pragmático, fuertemente consecuencialista (u orientado a las consecuencias), más bien escéptico en cuanto a su matriz u orientación teórica, y a la vez “democrático” en la medida en que se ha mostrado capaz de garantizar la gobernabilidad de un país como los Estados Unidos de Norteamérica a lo largo de su historia.

En segundo lugar, analizaré las razones por las que cualquier teoría consecuencialista de la argumentación jurídica parece resultar incompatible con el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales” (imperativo que

<sup>10</sup> MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory* (2<sup>a</sup> edición, Oxford, Clarendon Press, 1997), p. 272.

<sup>11</sup> POSNER, Richard, *The Jurisprudence of Skepticism*, en *Michigan Law Review*, 86 (1988) 5, p. 865.

en términos de argumentación jurídica se traduciría en “dar una solución semejante a los casos semejantes”). A tal efecto, tomaré como objeto de análisis los rasgos centrales de la teoría consecuencialista de Neil MacCormick, por las razones que expondré en su momento.

Por último, siguiendo las líneas fundamentales de una teoría argumentativa basada en exigencias objetivas y universales de la razonabilidad práctica, procuraré aportar una solución a un dilema (si no a varios) que ni el giro pragmático de la jurisprudencia ni un consecuencialismo moderado como el de MacCormick logran resolver. Intentaré mostrar, en efecto, que en el marco regular del Estado de Derecho y dentro de los límites que la Constitución fija a la tarea de los jueces, es posible esbozar las trazos fundamentales de una teoría de la adjudicación para los “casos difíciles” que, sin ser estrictamente consecuencialista, no permanezca indiferente, con todo, a las consecuencias que las sentencias judiciales acarrearían en los proyectos vitales de las personas y de las comunidades en que éstas se desarrollan, manteniendo, al mismo tiempo, un firme respeto por el imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia.

## II. UN GIRO PRAGMÁTICO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EN LA ADJUDICACIÓN

Puesto que las principales tesis de Posner a lo largo de su extensa trayectoria académica han generado algunas polémicas y fuertes resistencias por parte de diversos exponentes de la teoría jurídica anglosajona<sup>12</sup>, resulta necesario aclarar, en primer lugar, que las suyas no pueden ser tomadas simplemente como tesis radicales que nieguen todo valor al mandato constitucional de imparcialidad en la administración de justicia, ni que conciban las cortes de justicia como un poder político sin más dentro de un Estado de Derecho aparente. En efecto, el giro pragmático de la jurisprudencia que Posner postula se limita solamente a lo que ya es común denominar, en diversas teorías de la argumentación jurídica, como “casos difíciles”, a pesar de lo compleja que resulta esta categoría y de las dificultades conceptuales que existen a la hora de distinguirla con claridad respecto de su categoría contraria (los “casos fáciles” o “rutinarios”)<sup>13</sup>. Posner reconoce, de hecho, que el formalismo jurídico

<sup>12</sup> Puede apreciarse gran parte de esas polémicas (y las también polémicas respuestas ensayadas por su autor) en POSNER, Richard, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, en *Harvard Law Review*, 111 (1998) 7, pp. 1637- 1717.

<sup>13</sup> Como resume Atienza, en la concepción de MacCormick los “casos difíciles” serían aquellos que presentan problemas de “interpretación” o de “relevancia” en relación con la premisa normativa, o bien, de “prueba” o “calificación” en relación con la premisa fáctica [ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, cit. (n. 9), p. 112]. Sin embargo,

que se apoya en un fuerte respeto hacia los precedentes constitucionales, hacia el texto canónico y hacia la estructura y la historia de la Constitución, constituye una teoría jurídica “buena por defecto” para los casos rutinarios pues garantiza los valores primordiales de estabilidad y predictibilidad en el control de constitucionalidad (“judicial review”) que ejercen los Supremos Jueces norteamericanos<sup>14</sup>.

En segundo lugar, resulta necesario aclarar que el giro pragmático de Posner no se limita solamente al control de constitucionalidad (“judicial review”) de los actos administrativos y de las leyes estaduales y federales que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica viene ejerciendo desde “Marbury vs. Madison”, pues su giro pragmático compromete, también, lo que en la teoría jurídica norteamericana se denomina “constitutional adjudication”. La adjudicación constitucional comprende aquellos casos en que, en un país organizado bajo el sistema federal de gobierno, la Corte Suprema resulta ser el tribunal de última instancia con competencia para resolver litigios en que se halle comprometida una cuestión “federal” (organización y separación de poderes estaduales y federales) como también una cuestión “constitucional” en sentido estricto (derechos y garantías de las personas). Merced a esto, el giro pragmático de Posner se extendería a un número mayor de tribunales en aquellos países en los que el control de constitucionalidad y la “adjudicación constitucional” residiesen en órganos diferentes.

Finalmente, Posner ha injertado su antigua tesis de que los jueces del “Common Law” serían inconscientes “maximizadores de la riqueza” (su controvertida tesis de que el “Common Law” estaría gobernado por una lógica económica “implícita”<sup>15</sup>) en la corriente más abarcadora de su enfoque pragmático, al sostener que el recurso a la objetividad científica del análisis económico constituye, en última instancia, la mejor forma de adjudicar “prag-

---

la línea divisoria entre “casos fáciles” y “casos difíciles” no es tan clara, como sostiene el propio MacCormick [cit. (n. 10), p. 197]. Por su parte, Atienza propone en una de sus últimas obras una tipología de los “casos difíciles” que reduplicaría en número a la propuesta por el jurista escocés, abarcando cuestiones procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación [ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, cit. (n. 5), pp. 432-439].

<sup>14</sup> POSNER, Richard, *How Judges Think* (Cambridge, Harvard University Press, 2010), pp. 35, 44, 46; *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, en *Boston University Law Review*, 86 (2006), pp. 1067; *Law, Pragmatism and Democracy* (Cambridge, Harvard University Press, 2003), pp. 71-72.

<sup>15</sup> Sobre la ausencia de evidencias en torno a esta tesis histórica, véase: MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los “casos difíciles”? Las vacías respuestas del Análisis Económico del Derecho*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2 (2013), pp. 35-66.

máticamente” los derechos en juego<sup>16</sup>. Según esto último, el giro pragmático constituiría un enfoque también propicio a la actividad jurisdiccional de los jueces comunes u ordinarios, aunque siempre limitada a la resolución de los llamados “casos difíciles”.

En resumidas cuentas, Posner postula un giro pragmático de la jurisprudencia bastante amplio que comprendería tanto la tarea específica y suprema de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos como la más abarcadora y menos jerarquizada función de asignar derechos controvertidos en los “casos difíciles” que se presenten a los tribunales ordinarios. Este giro de la jurisprudencia entraña tanto aspectos descriptivos del derecho (lo que regularmente hacen los jueces norteamericanos, más allá de su explícita aceptación o rechazo a ésta o cualquier otra teoría de la adjudicación), como aspectos normativos del mismo (lo que deberían hacer los jueces de cualquier país que adopte un modelo republicano y democrático de gobierno)<sup>17</sup>.

Ahora bien, ¿dónde residen los factores que favorecen este enfoque pragmático y consecuencialista de la actividad jurisdiccional al que, de ahora en adelante y por razones de economía narrativa, llamaré simplemente jurisprudencia pragmática? Posner los encuentra precisamente en el carácter y en la estructura de la propia Constitución norteamericana, aun cuando por lo que su análisis deja entrever, dicho carácter y estructura correspondería también a cualquier Constitución más o menos orgánica consagrada en un único texto fundacional o en sus sucesivas enmiendas.

En efecto, según el jurista de Chicago, existirían dos enfoques normativos fundamentales en relación a la interpretación y a la adjudicación constitucional. El enfoque tradicional –que Posner identifica con el formalismo jurídico– considera a los jueces como restringidos, casi siempre, por el texto, la estructura, la historia de la Constitución, y por ciertos principios jurisprudenciales tales como la auto-restricción o deferencia (“judicial self-restraint”) y la decisión de los casos constitucionales según los precedentes (*stare decisis*)<sup>18</sup>. Sin embargo, este enfoque formalista (avanzado por Christopher Columbus Langdell en la teoría jurídica norteamericana) favorece

---

<sup>16</sup> POSNER, Richard, *Law, Pragmatism and Democracy*, cit. (n. 14), pp. 76-77.

<sup>17</sup> Posner ha continuado manteniendo la mutua referencia del enfoque descriptivo y normativo del derecho [POSNER, Richard, *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*, en *Ratio Iuris*, 17 (2004) 1, pp. 67] incluso después del giro pragmático de su pensamiento que reconoció, en parte, las debilidades de la maximización de la riqueza como tesis normativa del derecho [POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence* (6<sup>a</sup> edición, Cambridge, Harvard University Press (1999), p. 392].

<sup>18</sup> POSNER, Richard, *The Constitution as an Economic Document*, cit. (n. 4), p. 32.

que las Cortes empleen una retórica ampulosa que, partiendo de principios jurídicos aparentemente eternos e inmutables, genera la falsa expectativa de poder arribar a la única respuesta correcta para el caso en cuestión<sup>19</sup>. Pero lo cierto es que la retórica formalista sirve de pantalla (“como los pañuelos con que los ilusionistas distraen al público”) para encubrir las preferencias y el sentido de lo “políticamente correcto” con que se manejan las Cortes, lo cual no resultaría completamente nocivo, después de todo, puesto que fortalecería la posición de los tribunales en un Estado de Derecho. En efecto, el empleo de esa retórica parece sembrar en los legos la ilusión de la certeza y de la imparcialidad en la administración de justicia<sup>20</sup>. Sin embargo, la historia de los casos difíciles que la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha resuelto muestra que ese tribunal ha dejado de lado los precedentes y se ha movido en la dirección de lo “políticamente correcto” según su propia filosofía política, con un sentido pragmático y activista de lo que el compromiso con la estabilidad democrática del país exigía en un momento histórico determinado, sin violar por ello su juramento de fidelidad a la Constitución<sup>21</sup>.

Las razones para proceder así, según Posner, son varias: *i*) la antigüedad del texto constitucional, escrito en una época en que los Padres Fundadores no podían siquiera imaginar los conflictos constitucionales que generarían tópicos como el aborto, la discriminación o la eutanasia; *ii*) la excesiva generalidad de la mayoría de los preceptos constitucionales; *iii*) la inviabilidad de un canon único de interpretación dada la multiplicidad y heterogeneidad de los sucesivos participantes en el juego del lenguaje constitucional (contra la pretensión dworkiniana de un “juez Hércules” que sea capaz de continuar la escritura de una novela comenzada por otros); *iv*) la ausencia de un caso claro de “historia legislativa” en materia constitucional; *v*) el carácter político de las designaciones de los miembros de la Corte que genera lealtades y por consiguiente sesgos en la interpretación; *f*) el ascenso del escepticismo hermenéutico; y *vi*) la vasta acumulación de precedentes constitucionales, muchos de ellos inconsistentes y en principio sujetos todos a la permanente revisión de la Corte<sup>22</sup>. Por todo ello, Posner traza una analogía entre los mandatos de interpretación y adjudicación emanados, supuestamente, de los Padres Fundadores, y las órdenes dadas por los mandos militares a los oficiales en

<sup>19</sup> POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, cit. (n. 17), pp. 14-15; 250-252.

<sup>20</sup> POSNER, Richard, *The Jurisprudence of Skepticism*, cit. (n. 11), p. 865.

<sup>21</sup> Un análisis pragmático de algunos casos difíciles, relacionados con temas de discriminación, aborto y eutanasia –por ejemplo “Brown vs. Board of Education”, “Roe vs. Wade”, “Vacco vs. Quill”, “Washington vs. Glucksberg”– puede verse en POSNER, Richard, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, cit. (n. 12), pp. 1698-1708.

<sup>22</sup> POSNER, Richard, *The Constitution as an Economic Document*, cit. (n. 4), p. 32.

batalla: cuando las órdenes no son del todo claras, cuando ha transcurrido un tiempo demasiado largo entre su emisión y su recepción, y cuando no existe posibilidad alguna de pedir al emisor que reitere las órdenes de un modo más claro, un oficial pragmático no se detiene a elaborar un silogismo para interpretar cuál pudo haber sido la orden: actúa sencillamente como cualquiera de sus superiores habría actuado en su lugar para ganar la batalla llevando a cabo lo que en conciencia estima como la estrategia o la “política más sensata”<sup>23</sup>.

Todos estos factores llevan a considerar la necesidad de un segundo enfoque, el enfoque pragmático, que además de proporcionar pautas normativas pretende describir con mayor acierto lo que realmente hacen los jueces en materia de interpretación y adjudicación constitucional. Este segundo enfoque –que considera la constitución como un recipiente vacío en el que el juez vuelca sus propias ideas sobre la política correcta<sup>24</sup>– genera por cierto muchas resistencias en los ámbitos académicos que suelen venerar con reverencia la tradición, el formalismo, y las actitudes hieráticas. Posner es bastante crudo a la hora de describir el espíritu del formalismo y de señalar las razones de ese divorcio tan particular entre la teoría y la praxis jurídica que ha generado –y genera aún– tantas resistencias a este segundo enfoque: “Hay demasiada confianza, muy poca curiosidad, y una consideración insuficiente hacia las contribuciones de las otras disciplinas. La jurisprudencia misma es demasiado solemne y engreída. Sus profesantes escriben sobre mármol una prosa demasiado hierática y censurante. El derecho y la religión estuvieron entrelazados por mucho tiempo, y aun subsisten muchos paralelos y solapamientos. También el derecho tiene sus sumos sacerdotes, sus textos sagrados y sus vacas sagradas, sus misterios hermenéuticos, sus vestiduras y sus templos, ritos y ceremonias”<sup>25</sup>

Ahora bien, la jurisprudencia pragmática no parece estar exenta de sus propias dificultades. En el apartado que sigue analizaré en qué consisten esas dificultades.

---

<sup>23</sup> POSNER, Richard, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, en *Case Western Reserve Law Review*, 37 (1986) 2, p. 190.

<sup>24</sup> “Las respuestas [a los casos difíciles] dependen de juicios políticos, preferencias y valores morales de los jueces o, lo que no es tan claro y distinto, de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces” [POSNER, Richard, *The Jurisprudence of Skepticism*, cit. (n. 11), p. 828].

<sup>25</sup> POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, cit. (n. 17), p. 465.

### III. ¿EXISTEN PAUTAS CLARAS DE ADJUDICACIÓN PARA UNA JURISPRUDENCIA PRAGMÁTICA?

Las pautas normativas de una jurisprudencia pragmática tendrían que poder escapar a los vicios que genera la sacralización de las teorías, según Posner, a riesgo de convertirse, si no lo logra, en un satélite más del universo teórico que pretende combatir. Esto constituye, sin embargo, un obstáculo casi imposible de superar, porque por muy pocas que sean esas pautas, y por más que ellas intenten configurar una “actitud” antes que una doctrina, una “disposición a fundamentar los juicios de directrices en hechos y en consecuencias antes que en conceptualismos y generalidades”<sup>26</sup>, es indudable que si esas pautas son coherentes con la praxis, completas en cuanto al espectro de casos difíciles que pretenden resolver, y consistentes desde el punto de vista lógico, desembocarán inevitablemente en algún tipo de teorización, en alguna clase de teoría que pueda tener cierta permanencia en el tiempo. Un enfoque normativo de la interpretación y de la adjudicación constitucional que rechazase cualquier tipo de teorización no haría más que colocar a su proponente, inevitablemente, en una contradicción existencial. La dificultad no se salva, de hecho, con señalar que la jurisprudencia pragmática no es hostil a cualquier teoría, sino sólo a las teorías “inútiles”, a las teorías filosóficas abstractas y aún a las teorías de “menor nivel abstractivo como las que manejan los constitucionalistas”, incapaces de fundarse en los hechos y de guiar, en consecuencia, la indagación empírica, como sugiere Posner<sup>27</sup>.

En efecto, el jurista pragmático que decide romper con los moldes del pensamiento formalista necesitará acudir, con todo, a algún esquema teórico que le permita organizar los hechos y computar, es decir, commensurar las consecuencias de una manera razonable, consistente y por sobre todas las cosas generalizable si es que no pretende dejarse guiar por la sola intuición en cada caso concreto y terminar violando la exigencia mínima de justicia que supone el “tratar igual a los iguales”. Tratar igual a los iguales es una de las exigencias básicas de un Estado de Derecho decente. Esa exigencia requiere poder aplicar a los casos similares, en el futuro, los mismos criterios y esquemas empleados para solucionar el caso presente, y el hecho de que esos criterios y esquemas estén disponibles para el futuro los convierte, se lo quiera aceptar o no, en algún tipo de teoría<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> POSNER, Richard, *Legal Pragmatism*, en *Metaphilosophy* 35 (2004) 1-2, p. 150.

<sup>27</sup> Ibíd., pp. 76-80. En cuanto al pragmatismo como “trasfondo teórico de cualquier filosofía del derecho que merezca la pena”, véase: ATIENZA, MANUEL, *Curso de argumentación jurídica*, cit. (n. 5), p. 100.

<sup>28</sup> MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 103.

Como pone de manifiesto MacCormick, un principio fundamental sobre el que se asienta la organización del estado moderno es que los seres humanos deben ser racionales y no arbitrarios en la conducción de los asuntos públicos, y por lo tanto no es posible contemplar sin cierta repulsión la incertidumbre y la inseguridad de una sociedad que estuviese manejada arbitrariamente porque las decisiones quedasen libradas al anhelo o capricho momentáneo del juez sin referencia a las soluciones adoptadas en el pasado y de cara al futuro<sup>29</sup>. Ningún juez sería capaz de sostener abiertamente una concepción de justicia semejante, pero el enfoque pragmático, sin embargo, parece acercarse peligrosamente a ella.

Como dije entonces al presentar el problema objeto de este trabajo, el jurista pragmático necesitará valerse de algún tipo de teoría consecuencialista si su jurisprudencia ha de tener algún sentido de justicia. De hecho Posner, al enumerar las normativas por las que debería guiarse una jurisprudencia pragmática, la única que logra escapar a ese “montón de aguafiestas”, a ese “machacar en la duda” sin “propuestas drásticas de mejora” en el que parece desembocar su manifiesto pragmatista (según sus propias palabras<sup>30</sup>), es aquella que remite expresamente al análisis económico del derecho, a punto tal que cualquier juez de la corte que decidiese dar un giro pragmático a su jurisprudencia “hallaría en el análisis económico una guía virtualmente completa para la adjudicación”<sup>31</sup>.

Ahora bien, el giro pragmático de Posner parece trazar un círculo de 360º que lo vuelve a colocar en el mismo punto de partida de su itinerario intelectual, y ello nos lleva a preguntar si al cabo del trayecto no desemboca en un punto muerto, como él mismo parece dar a entender<sup>32</sup>, o si en el fondo no ha terminado abrazando el pragmatismo como una “hoja de higuera” – como argumenta un autor – para ocultar sus “dogmas económicos referidos a la eficiencia del mercado”<sup>33</sup>. Como sea, el análisis económico tampoco puede proporcionar una pauta segura para la adjudicación. Diversos trabajos científicos que no entran en debates ideológicos ni políticos han demostrado que es imposible conocer a ciencia cierta cuál sería la asignación eficiente de derechos que en un caso difícil favorecería aquel óptimo social que Posner identifica con la maximización de la riqueza, sin mencionar que no es ésa la tarea que la Constitución encomienda a los jueces, y aún admitiendo,

<sup>29</sup> MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. (n. 10), pp. 76-77.

<sup>30</sup> Resulta admirable el realismo con que reconoce los límites de su giro pragmático. Veáse: POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, cit. (n. 17), p. 460.

<sup>31</sup> POSNER, Richard, *The Constitution as an Economic Document*, cit. (n. 4), p. 32.

<sup>32</sup> POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, cit. (n. 17), p. 461.

<sup>33</sup> KLOPPENBERG, James T., *Pragmatism: An Old Name for Some Old Ways of Thinking?* en *The Journal of American History*, 83 (1996) 1, p. 129.

con grandes reservas, que sea una de las tareas encomendadas a los cuerpos colegiados que representan la voluntad popular<sup>34</sup>.

De hecho, cuando Posner invoca las ventajas del método consecuencialista para la limitación del “juego político” que inevitablemente se da en las decisiones públicas, y sugiere el empleo de algún tipo de análisis costo-beneficio que pueda tornar racional la elección, los casos que menciona como ejemplo de semejante análisis y elección son todos casos de política legislativa, de decisiones colectivas basadas en una racionalidad de tipo estratégico<sup>35</sup>. En tales decisiones, como Dworkin señala con agudeza, es posible y a veces necesario sacrificar el interés de algún grupo en beneficio de algún otro o de toda la comunidad. Sin embargo los jueces no pueden decidir los casos conforme a la racionalidad estratégica en que se basan las “directrices” (“policies”), pues el carácter distributivo de los “principios” (“principles”) en virtud de los cuales deberían solucionar los casos difíciles exige que el derecho que se le reconoce a un individuo sea reconocido luego a todos los individuos por igual, a punto tal que sería posible descubrir qué derechos podrían efectivamente poseer las personas –*lege ferenda*– con sólo atender aquellos argumentos que, en principio, harían prosperar su demanda judicial por parte de todos los miembros de la sociedad<sup>36</sup>. Aplicar una racionalidad estratégica a la solución de los casos difíciles, como la jurisprudencia pragmática sugiere, implicaría desconocer el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales”.

Por lo expuesto hasta aquí, el dilema fundamental que parece plantear una jurisprudencia pragmática podría resumirse, entonces, en esta pregunta: ¿cómo es posible que el razonamiento jurídico –si en efecto constituye un “tipo especial, altamente institucionalizado y formalizado del razonamiento moral”, según MacCormick– no pueda emplear argumentos consecuencialistas de los que el mismo razonamiento moral parece valerse? En efecto, numerosas cuestiones prácticas parecen decidirse mediante un juicio moral de ponderación y commensuración de las consecuencias, y esa ponderación y commensuración requieren de buenos hábitos como la imparcialidad de juicio y la superación del egoísmo. De hecho la justicia “es representada como una mujer vendada que sostiene una balanza”, y pocas personas prudentes

<sup>34</sup> Una enumeración explicativa de las razones que tornan imposible el conocimiento *a priori* de una adjudicación eficiente de derechos en MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación* (Aceptado para su publicación en la *Revista Chilena de Derecho*, 2014), pp. 1-28.

<sup>35</sup> POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law* (6<sup>a</sup> edición, New York, Aspen, 2003), pp. 396-397.

<sup>36</sup> Ronald DWORAKIN, *Hard Cases*, cit. (n. 11), p. 1067. Por ello Dworkin sostiene que la expresión “derechos programáticos” constituye un contrasentido.

aceptarían defender abiertamente la tesis de que la acción buena es siempre preferible a la acción mala aun cuando la primera conduzca al mundo a su ruina, y la segunda no<sup>37</sup>.

Es necesario abordar, entonces, la respuesta a este interrogante: ¿existe algún tipo de argumentación consecuencialista por el que pueda orientarse el razonamiento jurídico, sin que esa orientación sea contraria al imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales”? En el apartado que sigue procuraré dar una respuesta a esta pregunta.

#### IV. POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA DE LA ADJUDICACIÓN POR LAS CONSECUENCIAS

Uno de los esfuerzos más conocidos que se han llevado a cabo en la teoría de la argumentación jurídica para hallar algún tipo de consecuencialismo por el que se pudiese orientar el razonamiento jurídico lo constituye, para muchos, el realizado por el jurista escocés Neil MacCormick. Según MacCormick, las consecuencias que los jueces podrían y deberían tomar en cuenta en sus argumentos no serían, en principio, aquellas a las que la jurisprudencia pragmática apunta, sino las que entran a tallar en lo que él llama una justificación de *segundo nivel* (por referencia al primer nivel de la lógica formalista deductiva, que alcanzaría para resolver los casos fáciles o rutinarios). En una justificación de segundo nivel resultaría ciertamente válido el empleo de argumentos consecuencialistas, pero su empleo se hallaría limitado por los principios de universalidad, consistencia y coherencia.

De modo sucinto podríamos decir que el principio de universalidad exige que para justificar –en un caso difícil– una decisión ‘x’, debe encontrarse o formularse una premisa normativa general ‘Y’, ligada a las condiciones ‘a’, ‘b’ y ‘c’, tal que toda vez que se verifiquen dichas condiciones cualquier juez debería arribar a la decisión ‘x’.

Por su parte, 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 narrativa. 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 sensible,

---

<sup>37</sup> GRIZEZ, Germain, *Against Consequentialism*, en *The American Journal of Jurisprudence*, 23 (1978), pp. 26-27. La pregunta del texto, para Grizez, no es más que una pregunta retórica. En ese trabajo demuestra que no es posible el empleo de argumentos estrictamente consecuencialistas en el razonamiento moral.

pero que no obstante deben concordar con el curso regular o normal de los acontecimientos en nuestro mundo<sup>38</sup>.

Finalmente, el requisito más laxo de la aceptabilidad de las consecuencias o conveniencia (“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, hacerse lugar en los tribunales, si a consecuencia de dicha admisión tuviese que admitirse, en el futuro, una serie de pretensiones de la misma clase que pudiese generar un grave perjuicio al interés público (un colapso del sistema judicial, por ejemplo).

Ahora bien, si se analizan con cuidado estos requisitos, se podrá apreciar que el criterio de la aceptabilidad de las consecuencias o conveniencia (que se define siempre por su referencia al propio sistema jurídico, pero no al sistema social) constituye, en estricto rigor, el único tipo de razonamiento consecucionalista que podría encontrarse en las justificaciones de segundo nivel, tal como MacCormick las caracteriza. Los criterios de universalidad, consistencia y coherencia no son criterios estrictamente consecucionalistas si por consecuencia entendemos el resultado o impacto que una sentencia provoca en el mundo o entorno, en la conducta de la gente<sup>39</sup>. Sin embargo, las cuestiones de conveniencia se enfrentan nuevamente con la dificultad de no poder ser encuadradas en ningún baremo universal de commensuración que permita algún tipo de formalización teórica como para poder distinguir, al menos, entre consecuencias relevantes e irrelevantes. El propio MacCormick admite esta dificultad:

“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”<sup>40</sup>

Ahora bien, si no es posible conocer ni calcular las consecuencias que se seguirían para el propio sistema jurídico a raíz de una determinada solución adoptada en un caso difícil, ¿qué sentido tiene seguir afirmando que algunas consecuencias pueden ser relevantes para adoptar una determinada solución, y otras no? Esta afirmación parece tender un puente implícito hacia las investigaciones del “Law and Economics”. Sin embargo, Ronald Coase desarrolló un modelo teórico en 1960 (dando origen, en gran parte,

<sup>38</sup> MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. (n. 10), capítulos 5º, 6º, 7º y 8º.

<sup>39</sup> MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit. (n. 29), p. 107, siguiendo la sugerencia de Rudden, las llama “behavioral consequences”, pero alega, correctamente, que no existe forma alguna de computar tales consecuencias de los fallos, y que al respecto sólo pueden tejerse conjeturas.

<sup>40</sup> MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. (n. 10), p. 114.

al “nuevo” análisis económico del derecho) con el que pretendía predecir las consecuencias que se seguirían de adoptar una u otra solución judicial en una disputa entre partes (en términos de eficiencia), pero sus predicciones ya han sido rebatidas por un “enorme número de pruebas en su contra, muchas de ellas altamente técnicas”, como ha mostrado Medema<sup>41</sup>. Además, el propio Posner nunca pudo aplicar sus postulados consecuencialistas a la praxis judicial, y su labor jurisprudente al frente del Séptimo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica por más de un cuarto de siglo contradice abiertamente sus principales propuestas reformadoras de la jurisprudencia en claves de eficiencia o maximización de la riqueza, como ha mostrado Shapiro<sup>42</sup>. Más aún, si el cálculo de las consecuencias en la argumentación judicial fuese realmente posible (al menos en la forma sugerida por MacCormick, es decir, en la pretensión de no dictar fallos que abran la puerta a una avalancha de litigios), entonces no debería haberse producido una explosión en el índice de demandas, de litigiosidad y del “costo judicial” del sistema en la propia cuna de la jurisprudencia pragmática. Sin embargo, todos esos indicadores han aumentado en el sistema federal norteamericano desde la publicación del “teorema” de Coase, como el propio Posner admite con cierto desconcierto<sup>43</sup>.

Por su parte, una teoría moderada del consecuencialismo como la que propone MacCormick, aun cuando pueda atribuirsele el mérito de haber elaborado “un valioso análisis del razonamiento consecuencialista de los jueces”<sup>44</sup>, constituye una teoría que sigue orbitando, necesariamente, en torno a una teoría formalista del derecho. En efecto, los argumentos supuestamente consecuencialistas constituyen justificaciones de segundo nivel al que se llega sólo cuando no es posible alcanzar una solución razonable según la lógica deductiva del primer nivel. Pero en ese segundo nivel de la lógica tampoco es posible establecer un criterio racional para identificar qué consecuencias serían relevantes para el colapso o el funcionamiento regular del sistema, fuera de la confianza en la propia intuición que parece guiar a los jueces, como sugiere MacCormick. Por esta sencilla razón, sigue

<sup>41</sup> MEDEMA, Steven G., *Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics*, en *Economics and Philosophy*, 15 (1999), pp. 215, 220, 228.

<sup>42</sup> SHAPIRO, Ian, *The Flight from Reality in the Human Sciences* (New Jersey, Princeton University Press, 2005), pp. 136 ss.

<sup>43</sup> POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, cit. (n. 35), pp. 603 ss. En *The Federal Courts. Challenge and Reform* (Cambridge, Harvard University Press, 1999), pp. 59 ss., Posner reconoce que los litigios en la jurisdicción federal aumentaron un 686 % entre 1960 (el año de publicación del “teorema”) y 1983.

<sup>44</sup> FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000), p. 161.

habiendo una brecha difícil de salvar para quien intente tender un puente entre una teoría consecuencialista de la adjudicación y una jurisprudencia que respete el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales”. No tiene sentido tender un puente cuando no es posible hacer pie en una de las márgenes del río.

En pocas palabras: no es posible elaborar una teoría consecuencialista de la adjudicación porque el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales” lo impide: todo razonamiento consecuencialista se basa en una racionalidad estratégica que, o bien impone un sacrificio a cambio de un beneficio –y en ese sentido resulta contrario a dicho principio, como puede apreciarse en la jurisprudencia pragmática–, o bien, remite a requisitos o exigencias anteriores y precedentes que proceden del mismo sistema de argumentación –y en ese sentido resulta redundante o ambiguo, como puede apreciarse en la teoría de MacCormick–.

La teoría argumentativa de MacCormick postula que las decisiones judiciales deben tener sentido en relación con el sistema (requisito de coherencia) y también en relación con el mundo (requisito de conveniencia). Pero lo cierto es que dicha teoría termina por comprender las consecuencias solamente por su relación al sistema, es decir, por la conveniencia o no de admitir una serie de pretensiones de la misma clase que pudiese generar un grave perjuicio al interés público (una saturación o colapso del sistema judicial, por ejemplo) con el agravante de que no es posible hallar un método seguro para computar o commensurar las razones consecuencialistas de conveniencia. De este modo, como señala Atienza, la apertura de la argumentación jurídica hacia el mundo social y hacia las ciencias sociales es más aparente que real, y los conflictos entre el sistema jurídico y el sistema social carecen de una adecuada explicación en la teoría de MacCormick<sup>45</sup>.

En un artículo publicado algunos años después de la primera edición de *Legal Reasoning and Legal Theory*, el jurista escocés parece reconocer la ambigüedad semántica que late en el concepto mismo de ‘consecuencia’ y, por consiguiente, en el intento de elaborar alguna teoría consecuencialista de la adjudicación: “Aun 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

---

<sup>45</sup> ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, cit. (n. 9), p. 143.

[...]. Ello sugiere que nuestra idea de consecuencia puede ser, de algún modo, vaga y completamente imprecisa”<sup>46</sup>

En ese mismo trabajo, poniendo de manifiesto aún más las dificultades de elaborar una teoría de la adjudicación que guarde relación con el mundo<sup>47</sup>, MacCormick argumenta que si tuviésemos 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 conforme a derecho”<sup>48</sup>. Si existe algún modo de justificar una decisión jurídica por sus consecuencias, no es otro que presentarla a la luz de “las razones universalizables (“universalizable reasons”) que la sostienen”, concluye MacCormick<sup>49</sup>. Pero lo cierto es que al no poder identificar las consecuencias más que con las implicaciones lógicas de un caso, y en última instancia con las razones universales que las sostienen, queda de manifiesto que el recurso a las consecuencias en una teoría de la adjudicación que respete el imperativo constitucional de “tratar igual a los iguales” no constituye más que un mero recurso retórico o, peor aún, un ejemplo típico de falacia por el uso ambiguo de un término<sup>50</sup>.

A la vista de las dificultades aparentemente insalvables que existirían para tornar compatible una teoría consecuencialista –incluso “moderada”– de la argumentación jurídica con el imperativo constitucional de tratar igual a

<sup>46</sup> MACCORMICK, Neil, *On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin*, en *New York University Law Review*, 58 (1983) 2, pp. 240, 245-246.

<sup>47</sup> Una regla de derecho sería “lógica” y “tendría sentido” sólo si guardase relación con los estándares de conducta que es razonable y justo exigir de la gente [MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. (n. 10), p. 41].

<sup>48</sup> MACCORMICK, Neil, *On Legal Decisions*, cit. (n. 46), p. 251.

<sup>49</sup> Ibíd., p. 249.

<sup>50</sup> En una de sus últimas obras (*Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*) MacCormick dedica un capítulo entero (Cap.6º: “Judging by Consequences”) al intento de definir las razones de conveniencia sobre la base de argumentos consecuencialistas que toman razonablemente en cuenta la probable evolución futura de una particular doctrina jurídica sentada en un caso difícil. Sin embargo, el intento no logra apartarse de la ambigua noción de ‘consecuencias’ entendida como “implicancias lógicas de un caso”. Véase: MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit. (n. 28), pp. 101-120.

los iguales (v. gr., el imperativo o mandato de dar una solución semejante a los casos semejantes), ¿deberíamos concluir, por ello, que resulta imposible la elaboración de una teoría argumentativa para los casos difíciles que tenga cierto sentido en su relación al mundo, o más modestamente, en su relación al entorno social? El siguiente y último apartado de este trabajo procurará esbozar una respuesta a esta difícil pregunta.

## V. UNA TEORÍA RAZONABLE DE LA ADJUDICACIÓN PARA LOS CASOS DIFÍCILES

Si continuásemos por la misma senda argumentativa de MacCormick, pero nos detuviésemos un poco antes de la encrucijada frente a la cual su aparente consecuencialismo retrocede por imperio del mandato constitucional de imparcialidad en la adjudicación, tal vez pudiésemos reformularla y corregir el error de base que parece afectarle en su intento por elaborar una teoría que sea lógica y que al mismo tiempo “tenga sentido en relación al mundo”. No hace falta aclarar, por otra parte, que esa reformulación debería, de algún modo, satisfacer las expectativas mínimas que una sana actitud “pragmática” abriga en torno a la argumentación jurídica, concediendo que el término ‘pragmatismo’ tenga todavía algún sentido, pese a las dudas que ya su proponente en la filosofía abrigaba respecto a él hace más de un siglo<sup>51</sup>. Esas mínimas expectativas podrían ser caracterizadas, sencillamente, como un no permanecer indiferentes a las consecuencias que las sentencias judiciales acarrearían en los proyectos vitales de las personas y de las comunidades en que éstas se desarrollan.

Es difícil asegurarlo, pero el error de base parece residir en la yuxtaposición dicotómica que MacCormick plantea al comienzo de su obra –cayendo inadvertidamente en la trampa de una extendida falacia– entre dos sentidos aparentes de “lógica jurídica”: el sentido técnico y el sentido común. El primero procura la adecuación formal de la argumentación jurídica a las reglas del pensar; el segundo, que dicha argumentación “tenga sentido” en relación a los estándares de conducta que sea “razonable o justo exigir a la gente”<sup>52</sup>. En efecto, el punto crítico reside, a mi juicio, en la brecha que según MacCormick separaría ambas funciones de la lógica jurídica, pues el hecho de que un argumento jurídico sea lógico en el primer sentido no quiere decir

<sup>51</sup> Véase HAACK, Susan, *Viejo y nuevo pragmatismo*, cit. (n. 6), pp. 21-22. Según la autora, fue William James quien acuñó el término ‘pragmatismo’ y lo hizo famoso, y Peirce tuvo sus reservas para introducir ese término con un significado filosófico especial.

<sup>52</sup> MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit. (n. 10), p. 38.

que lo sea también en el segundo: “eso requiere una justificación distinta y por separado”<sup>53</sup>.

En realidad, si un argumento jurídico fuese lógico sólo en el primer sentido, pero no en el segundo, no sería propiamente un argumento jurídico. Resulta difícil imaginar algún juez sensato, sentado frente a un caso difícil, que viese en dicho caso la oportunidad o la invitación a desplegar un ejercicio abstracto de lógica (de lógica en un sentido puramente técnico), desconectándose de lo que MacCormick llama el sentido común. El estereotipo de esos jueces hieráticos, engreídos y autocomplacientes que Posner describe con ironía no es más que un espantapájaros al que resulta muy sencillo pegarle en la medida en que nunca se lo puede identificar con ningún juez real, de carne y hueso. Hay quienes llaman a ésta la falacia del espantapájaros o del “hombre de paja”<sup>54</sup>. Al margen del nombre que se le quiera dar, es notable la capacidad que esa falacia encierra para ridiculizar aquellas posiciones intelectuales que se quiere combatir con sólo sembrar dudas, desconcierto y escepticismo a su alrededor.

Haciendo a un lado esas imágenes distorsionadas de la argumentación jurídica (existan o no los jueces autocomplacientes que la jurisprudencia pragmática pretende combatir), es necesario entender que no se requiere una justificación “distinta y por separado” –como exige MacCormick– cuando la razón práctica se sitúa desde su mismo punto de partida en el ámbito de los asuntos humanos, es decir, en el ámbito de las realidades humanas que constituyen el principio y el fin de cualquier lógica que tenga sentido en el derecho. A pesar de todo lo debilitado por el uso y el abuso que se ha hecho del término ‘práctico’, lo cierto es que no existe otra forma de designar ese ámbito de las realidades humanas desde el que parte y en el que siempre deberá permanecer la argumentación jurídica: el ámbito de la razón práctica<sup>55</sup>.

Existen, en efecto, cuatro órdenes distintos de la realidad imbricados en casi todos los estados de las cosas humanas con las que el derecho tiene que ver ineludiblemente: un orden teórico o especulativo, un orden lógico, un orden técnico y un orden práctico. Indudablemente la precisión que más le interesa al derecho –y la que más problemática le resulta, a juzgar por las

---

<sup>53</sup> Ibíd., p. 41.

<sup>54</sup> WALTON, Douglas, *The Straw Man Fallacy*, en VAN BENTHAM - VAN EEMEREN - GROOTENDORST - VELTMAN (editores), *Logic and Argumentation* (Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1996) pp. 115-128.

<sup>55</sup> De hecho Posner califica la razón práctica como “una bolsa de sorpresas que incluye anécdotas, introspección, imaginación, sentido común, empatía, imputación de motivos, argumentos de autoridad, metáforas, analogías, precedentes, costumbres, memoria, experiencia, intuición e inducción” [POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, cit. (n. 17), p. 73]. Una razón práctica así caracterizada es todo y a la vez nada.

crecientes demandas de pragmatismo— es la relativa al cuarto y último orden: una adecuada comprensión del orden práctico. Todo reduccionismo epistemológico en la teoría del derecho —el consecuencialismo parecería ser un ejemplo— busca de algún modo eludir las complejidades que supone la distinción y al mismo tiempo la mutua referencia entre esos órdenes. Cualquier técnica jurídica: la técnica procesal, pericial o legislativa —incluso el derecho mismo entendido como técnica— es claramente inteligible en cuanto mera técnica, por cierto, y toda técnica puede explicitarse a sí misma sin necesidad de abandonar el plano instrumental. Pero es indudable que tales técnicas se han originado y se sustentan en una elección moral, una elección que en cuanto decisión colectiva remite a la argumentación práctica y a los principios que la informan, principios de los que la decisión obtiene en última instancia su legitimidad. Por consiguiente, difícilmente podría justificarse una decisión cualquiera, es decir, difícilmente podría explicitarse la razón por la que la decisión de un juez se inclina por una opción y no por otra si se recurre sólo a argumentos lógico-técnicos y se permanece de espaldas al orden práctico en el que los proyectos vitales de las personas y de las comunidades se desarrollan. En cambio, cuando la argumentación parte desde los bienes humanos básicos que le dan sentido y plenifican la existencia de los sujetos al derecho, no es necesaria una justificación “distinta y por separado” para mostrar que la sentencia tiene sentido en su relación al mundo. Una teoría razonable para los casos difíciles no debería perder nunca de vista los bienes humanos básicos que le dan sentido a la lógica argumentativa del derecho. Por referencia a esos bienes humanos básicos debería orientarse cualquier decisión judicial, por difícil que sea, si la argumentación jurídica ha de tener sentido en su relación con el mundo.

Ahora bien, una teoría razonable de la argumentación para los casos difíciles que parte de la consideración de los bienes humanos básicos de ningún modo requiere entrar en discusiones metafísicas ni especulativas en torno a la naturaleza humana o a la naturaleza de esos bienes, como podría objetarse, volviendo a vaciar el orden práctico no ya por su referencia al orden técnico o lógico, sino ahora por su tácita fundamentación en un teórico o especulativo. De hecho, un autor al que MacCormick se refiere como “un hito intelectual”, que provocó en él “un cambio permanente en el propio pensamiento, un cambio en el propio paradigma personal”<sup>56</sup>, sostiene, por un lado, que las elecciones moralmente significativas en la lógica argumentativa propia del derecho son “abiertas e incommensurables”, y por

---

<sup>56</sup> MACCORMICK, Neil, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, en GEORGE, Robert P. (editor), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford, Oxford University Press, 1992), p. 105

ese motivo los bienes fundamentales para las personas humanas implicados en esas elecciones no pueden ser “ponderados ni medidos” en la forma en que lo exige el consecuencialismo, mediante un simple cómputo de costos y beneficios, o mediante “cualquier otro método agregativo propuesto para guiar la elección”<sup>57</sup>. Pero por otro lado sostiene que esas elecciones tampoco necesitan fundarse en una concepción metafísica previa de la naturaleza humana, porque los mandatos o principios básicos de la razón práctica (tales como “el conocimiento es un bien que se ha de buscar, y la ignorancia ha de ser evitada”<sup>58</sup>) son evidentes, no derivados de ningún otro principio, y por eso mismo indemostrables, tal que su negación acarrea insalvables contradicciones performativas o pragmáticas.

Que un principio práctico sea evidente no significa que tenga que ser formulado reflexivamente o ni siquiera explícitamente por quienes son guiados por él. De hecho raras veces los jueces los invocan en sus argumentaciones. Tampoco significa que su formulación, cuando tenga lugar, deba ser considerada como suficientemente refinada e invariable, ni sujeta a ulteriores ajustes. Tampoco significa que sean principios innatos. De hecho sólo se llega a experimentarlos en la que medida en que “se tenga cierta experiencia del campo al cual se refieren”<sup>59</sup>, algo que en parte se ve reflejado en el adagio “*iura novit curia*”. Sobre el sentido en que tales principios sean evidentes, Finnis afirma: “No estoy diciendo nada sobre si [un] principio es de hecho afirmado universalmente o lo será en el futuro. Simplemente estoy sosteniendo (i) que si uno presta atención cuidadosa y honestamente a las posibilidades humanas relevantes uno puede comprender, sin razonar a partir de ningún otro juicio, que la realización de esas posibilidades es, en cuanto tal, buena y deseable para la persona humana; y (ii) que esta comprensión no requiere de justificación ulterior. Referirse, en este punto, a las opiniones de otros hombres es simplemente cambiar de tema”<sup>60</sup>.

Este jurista australiano, antiguo discípulo de H.L.A. Hart, ha mostrado, además, que los requisitos de universalidad, coherencia, consistencia e imparcialidad constituyen requisitos o exigencias básicas inherentes a la razonabilidad práctica que nunca deja de estar profundamente arraigada en los asuntos humanos, y que la razonabilidad práctica es ella, en sí misma, uno de los siete

---

<sup>57</sup> FINNIS, John, *Economics, Justice, and the Value of Life*, en FINNIS, John, *Collected Essays* (Oxford, Oxford University Press, 2011a), III: *Human Rights & Common Good*, p. 243.

<sup>58</sup> FINNIS, John, *Ley Natural y derechos Naturales*, cit. (n. 44), p. 95.

<sup>59</sup> Ibíd., p. 99.

<sup>60</sup> Ibíd., p. 103.

u ocho bienes humanos básicos que constituyen el fundamento último de una lista más o menos exhaustiva de los derechos humanos universales<sup>61</sup>.

En primer lugar, los aspectos básicos del bienestar humano sólo son discernibles para quien piensa en sus oportunidades, y por ende sólo son realizables por quien dirige, atiende y controla sus instintos, inclinaciones e impulsos de manera inteligente. Esto constituye la primera exigencia de la razonabilidad práctica, que Finnis caracteriza como llevar adelante “un plan de vida coherente”, que exige ante todo su realización en la propia vida como condición básica para comprender prudencialmente cuándo una decisión judicial podría perjudicar o favorecer los proyectos existenciales de los demás. Se trata, sin duda alguna, de una exigencia que interpela la propia conciencia del juez y que Ulpiano formulara como uno de los principios fundamentales del derecho: *honeste vivere*. Esta exigencia inicial se complementa con otras ocho exigencias más (nueve en total) que descartan cualquier arbitrariedad o uso abusivo de la discrecionalidad por parte del juez en la solución de un caso realmente difícil, y que en gran medida actúan como un sistema de poleas y contrapesos. No debe darse ninguna preferencia arbitraria a ningún bien humano básico por encima de otro (segunda exigencia), ni a ninguna persona por encima de otra (tercera exigencia, que en buena medida equivale al punto de vista del observador ideal o espectador imparcial de Hart, con la salvedad de que no se trata de un punto de vista externo o ajeno al derecho, sino esencialmente interno, como corresponde a la racionalidad práctica y no puramente teórica).

Además, la cuarta exigencia requiere de un juez razonable cierto desprendimiento respecto de los proyectos específicos y limitados que él asume, y la quinta (como una especie de contrapeso a la anterior, de equilibrio entre la apatía y el fanatismo) que una vez asumidos los compromisos propios no se los abandone a la ligera. Un juez decente y razonable debería buscar creativamente nuevas y mejores formas de llevar a cabo los propios compromisos, en lugar de “restringir los propios horizontes y esfuerzos a los proyectos, métodos y rutinas con los que uno está familiarizado”<sup>62</sup>.

Casualmente la sexta exigencia de la razonabilidad práctica la constituye la búsqueda de la eficiencia dentro de lo razonable, es decir, la exigencia de que el juez, como cualquier persona sensata, “cause el bien el mundo (en su propia vida y en la vida de los demás) mediante acciones que sean eficientes para alcanzar sus propósitos”. Esta exigencia no implica, en modo alguno, acudir a las estrategias utilitaristas o consecuencialistas, que Finnis considera absurdas, pues la pretensión de poder conmensurar los bienes humanos bá-

<sup>61</sup> Ibíd., pp. 113-127.

<sup>62</sup> Ibíd., p. 141.

sicos estableciendo una jerarquía entre ellos es tan irracional como “querer sumar el tamaño de esta página, el número seis y la masa de aquel libro”<sup>63</sup>. De hecho, una fórmula como la del utilitarismo (“el mayor bien del mayor número”) carece tanto de sentido como ofrecer un premio por “escribir la mayor cantidad de ensayos en el menor tiempo”; ¿quién ganaría el premio: la persona que se presente al cabo de un día con tres ensayos, o la que se presente al cabo de siete con una docena?<sup>64</sup> La eficiencia de las propias decisiones y acciones sólo puede juzgarse por referencia a los criterios que el derecho, desde la época de los romanos, ha tomado como la medida rectora para juzgar cuándo un hombre es responsable de las consecuencias de sus acciones (mediatas o inmediatas): el *bonus pater familias*, el hombre razonable, prudente y previsor (el *phrónimos* de Aristóteles).

De hecho, la evolución jurisprudencial de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (Argentina), generalmente citado como el “leading-case” del análisis económico del derecho en aquel país, muestra que la jurisprudencia pragmática, luego de su inicial entusiasmo por el impacto de las sentencias en nuestro mundo, termina regresando a los estándares clásicos de razonabilidad y prudencia para poder salir del “cenagal de arbitrariedad que llamamos consecuencialismo”<sup>65</sup> y poder juzgar razonablemente cuándo las consecuencias son imputables o no a la conducta de una persona (en aquel caso, cuáles eran las consecuencias imputables a la administración pública por omisión de sus funcionarios) y, por consiguiente, cuándo esas consecuencias son relevantes o no para nuestro mundo<sup>66</sup>.

Finalmente, un juez nunca debería tomar ni avalar una opción que atentase directa e intencionadamente contra un bien humano básico o que simplemente impidiese su realización (séptima exigencia), para lo cual es necesario calificar cualquier acción humana en función de la intención que realmente persigue esa acción. Sin duda esa calificación demanda el juicio imparcial, honesto, de personas equilibradas, sabias, que no se encuentren gobernadas por sus pasiones o enconos, siempre dispuestas a favorecer y a promover el bien de toda la comunidad y no sólo de una facción de ella, aun cuando ello suponga ir en contra de la opinión judicial dominante basada en

---

<sup>63</sup> Ibíd., p. 143.

<sup>64</sup> Ibíd., p. 146.

<sup>65</sup> Ibíd., p. 153.

<sup>66</sup> Véase un análisis del fallo (“Francisco Torres c/ Provincia de Mendoza”) y su posterior evolución en MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *Límites del análisis económico como teoría interpretativa y argumentativa del derecho*, en CIANCIARDO ORTEGA, Juan (Coordinador), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos* (Méjico, Porrúa, 2012), pp. 52-62

argumentos moralmente insensatos (octava exigencia)<sup>67</sup>. Solamente los jueces de esta naturaleza, cuya jurisprudencia sería reflejo de todas estas exigencias básicas de la razonabilidad práctica, podrían otorgarle sentido a la novena exigencia, que en cierto sentido constituye la cumbre que se alcanza cuando todas las anteriores están presentes, y que consiste en seguir el juicio de la propia y recta conciencia<sup>68</sup>.

Sin embargo, una adecuada comprensión de la fina diferencia que existe entre esta exigencia culminante de “seguir la recta conciencia” y la arbitrariedad que se esconde en el guiarse por las preferencias singulares y el propio sentido de lo “políticamente correcto”, sólo podrían alcanzarla quienes ya hayan iniciado decididamente un camino de retorno desde las riberas del pragmatismo, y en ese largo y penoso camino de retorno –como todo camino de regreso cuesta arriba– no hayan perdido aún su interés por toda teoría.

## VI. BALANCE FINAL

Partiendo de un reclamo social –y también académico– en torno a la necesidad de una jurisprudencia “más pragmática” (si cabe la expresión), es decir, una jurisprudencia que preste mayor atención al impacto de las sentencias en nuestro mundo, este trabajo ha intentado dar una respuesta a ese reclamo señalando la razonable dirección hacia la que debería orientarse una jurisprudencia que respetase el imperativo constitucional de imparcialidad en la administración de justicia, y que al mismo tiempo tuviese sentido por su referencia al mundo.

El primer paso ha consistido en mostrar que el giro pragmático de la jurisprudencia, tal como ha sido preconizado por el Juez Posner –uno de los juristas más comprometidos con las contribuciones del pragmatismo a la teoría jurídica– encierra una contradicción con el mandato de imparcialidad. El imperativo constitucional de tratar igual a los iguales supone solucionar los casos futuros de manera semejante a como han sido solucionados los casos presentes. Ello exige que las soluciones propuestas deban formalizarse en algún tipo de teoría, aun cuando se la quiera presentar como una “teoría útil y de bajo nivel de abstracción”. Dicha teoría debería poder ir más allá de la pura intuición, y por consiguiente, más allá de la arbitrariedad que supone solucionar el caso presente por las preferencias singulares del juez. Pero como he mostrado en el segundo apartado de mi trabajo –luego de haber planteado el problema– el pragmatismo de Posner nunca ha podido formular satisfac-

<sup>67</sup> FINNIS, John, *Commensuration and Public Reason*, en FINNIS, John, *Collected Essays* (Oxford, Oxford University Press, 2011), I: “Reason in Action”, p. 252

<sup>68</sup> FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit. (n. 44), pp. 154-155.

toriamente esa teoría. La remisión final al análisis económico del derecho despierta sospechas en torno a la autenticidad de su supuesto pragmatismo, por un lado, pero por otro lado dicha remisión pone en evidencia, en el terreno de la praxis jurídica misma, la inviabilidad del pragmatismo cuando se analiza en detalle cuáles han sido las contribuciones efectivas del análisis económico al avance de la jurisprudencia.

El segundo paso ha consistido en analizar si, a pesar de todo, no podrían volcarse las pretensiones del pragmatismo en el cauce de una teoría consecuencialista de la adjudicación que respetase el mandato de imparcialidad. La teoría argumentativa de MacCormick para los casos difíciles pretende señalar el cauce por el que debería transcurrir una moderada teoría de la adjudicación por las consecuencias. Sin embargo, en el tercer apartado he mostrado que la de MacCormick no puede considerarse, en estricto rigor, una teoría consecuencialista, a menos que mantengamos el término ‘consecuencias’ rodeado de una inútil ambigüedad, como ocurre toda vez que confundimos los resultados de una decisión con las razones universales que la sostienen. Decidir por las consecuencias supondría, en estricto rigor, acudir a una racionalidad estratégica de beneficios *versus* costos que chocaría de plano con el mandato de imparcialidad en la adjudicación, aun concediendo que existiese alguna forma sensata y racional de computar todos los beneficios y todos los costos en juego.

Finalmente, he intentado mostrar que en el fondo de la demanda pragmática se esconde el error de suponer que la lógica jurídica pueda discurrir al margen de su relación al mundo, y que dicha relación exija realmente una justificación distinta y por separado. La ridiculización de los jueces como seres hieráticos, autosuficientes y engreídos cabalga necesariamente sobre esa incorrecta comprensión de la razón práctica que impera en el derecho.

Si en el proceso de las rápidas transformaciones que han afectado a la mayoría de los estados europeos y americanos en los últimos treinta años la argumentación jurídica hubiese tomado seriamente en cuenta las nueve exigencias de la razonabilidad práctica que he reseñado brevemente en el cuarto apartado de mi trabajo, y más importante aún, si esas exigencias hubiesen reflejado el compromiso público de la mayoría de los jueces con su propia realización humana, como auténticos pilares de un Estado de Derecho decente, es probable que las demandas sociales por un mayor pragmatismo no hubiesen ejercido tanta presión en el universo académico como para forzar a algunas mentes ilustradas a trazar innecesarios círculos en el aire. Pero esto es solamente una conjetaura difícil de comprobar. De hecho, podría argumentarse en su contra que la tensión entre el razonamiento acerca de lo que es justo o injusto y la retórica pragmática orientada a generar solamente la ilusión de un compromiso con las demandas sociales ha estado presente

a lo largo de toda la historia occidental, como lo pone de manifiesto aquella controversia que mantuvieron Sócrates y Gorgias en los albores de nuestra civilización: “La retórica, al parecer, es la autora de la persuasión que hace *creer*, y no de la que hace *saber* respecto de lo justo y de lo injusto [...]. Por consiguiente, el orador no se propone instruir a los tribunales y a las demás asambleas acerca de lo justo y de lo injusto, sino únicamente atraerlos a la creencia. Ciento es que tampoco podría instruir a tantas personas a la vez y sobre cuestiones de tanta importancia”<sup>69</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta, 2013).
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México, Universidad Autónoma de México, 2005).
- DWORKIN, Ronald, *Darwin's New Bulldog*, en *Harvard Law Review*, 111 (1988) 7.
- DWORKIN, Ronald, *Hard Cases*, en *Harvard Law Review*, 88 (1975) 6.
- FINNIS, John, *Commensuration and Public Reason*, en FINNIS, John, *Collected Essays* (Oxford, Oxford University Press, 2011), I: “Reason in Action”.
- FINNIS, John, *Economics, Justice, and the Value of Life*, en FINNIS, John, *Collected Essays* (Oxford, Oxford University Press, 2011), III: “Human Rights & Common Good”.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).
- FISS, Owen M., *The Death of the Law?* en *Cornell Law Review*, 72 (1986) 1.
- GRISEZ, Germain, *Against Consequentialism*, en *The American Journal of Jurisprudence*, 23 (1978).
- HAACK, Susan, *Viejo y nuevo pragmatismo*, en *Diánoia*, 46 (2001) 47.
- KLOPPENBERG, James T., *Pragmatism: An Old Name for Some Old Ways of Thinking?* en *The Journal of American History*, 83 (1996) 1.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory* (2ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1997).
- MACCORMICK, Neil, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, en GEORGE, Robert P. (editor), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford, Oxford University Press, 1992).
- MACCORMICK, Neil, *On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin*, en *New York University Law Review*, 58 (1983) 2.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford, Oxford University Press, 2005).
- MACKAAY, Ejan, *History of Law and Economics*, en AA. VV., *Encyclopedia of Law And Economics* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000), 0: *General Works, History and Methodology*.
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *¿Son eficientes las decisiones de los jueces norteamericanos en los “casos difíciles”? Las vacías respuestas del Análisis Económico del Derecho*, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2 (2013).

<sup>69</sup> PLATÓN, *Protágoras, Gorgias, Menón* (traducción de Óscar Martínez, Madrid, Edaf, 2007), p. 142. El pasaje corresponde al diálogo *Gorgias*, 455a.

- MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *El análisis económico del derecho: semblanza de un estatuto epistemológico en perspectiva bicentenaria*, en MEDINA ROMERO, Miguel Ángel (coordinador), *Derecho y ciencias sociales. Perspectivas bicentenarias latinoamericanas* (México, Cienpozuelos, 2011).
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación* (aceptado para su publicación en la *Revista Chilena de Derecho*, 2014).
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, *Límites del análisis económico como teoría interpretativa y argumentativa del derecho*, en CIANCIARDO ORTEGA, Juan (coordinador), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos* (México, Porruá, 2012).
- MEDEMA, Steven G., *Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics, en Economics and Philosophy*, 15 (1999).
- NALINI, José Renato, *A Rebelião Da Toga* (Campinas, Milennium, 2008).
- NUNES DE ARRUDA, Thais, *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin* (São Paulo, Facultade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011).
- PLATÓN, *Protágoras, Gorgias, Menón* (traducción de Óscar Martínez, Madrid, Edaf, 2007).
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law* (6ª edición, New York, Aspen, 2003).
- POSNER, Richard, *How Judges Think* (Cambridge, Harvard University Press, 2010).
- POSNER, Richard, *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*, en *Ratio Iuris*, 17 (2004) 1.
- POSNER, Richard, *Law, Pragmatism and Democracy* (Cambridge, Harvard University Press, 2003).
- POSNER, Richard, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, en *Case Western Reserve Law Revie* 37 (1986) 2.
- POSNER, Richard, *Legal Pragmatism*, en *Metaphilosphy*, 35 (2004) 1-2.
- POSNER, Richard, *The Constitution as an Economic Document*, en *George Washington Law Revie* 56 (1987) 4.
- POSNER, Richard, *The Federal Courts. Challenge and Reform* (Cambridge, Harvard University Press, 1999).
- POSNER, Richard, *The Jurisprudence of Skepticism*, en *Michigan Law Review*, 86 (1988) 5.
- POSNER, Richard, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, en *Harvard Law Review*, 111 (1998) 7.
- POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence* (6ª edición, Cambridge, Harvard University Press, 1999).
- POSNER, Richard, *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, en *Boston University Law Review*, 86 (2006).
- SHAPIRO, Ian, *The Flight from Reality in the Human Sciences* (New Jersey, Princeton University Press, 2005).
- WALTON, Douglas, *The Straw Man Fallacy*, en VAN BENTHAM - VAN EEMEREN - GROOTENDORST - VELTMAN (editores), *Logic and Argumentation* (Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1996).