

¿ES NECESARIA LA TEORÍA PARA DECIDIR CASOS JUDICIALES? SOBRE LA CRÍTICA DEL PRAGMATISMO JURÍDICO AL DERECHO COMO INTEGRIDAD *

por Oscar Pérez de la Fuente **

RESUMEN

Habitualmente se analizan las relaciones entre positivismo jurídico y Derecho como integridad, sin embargo este artículo analiza las relaciones entre la visión de Dworkin y el pragmatismo jurídico, en la versión de Posner. Para delimitar los aspectos de la polémica se propondrá un análisis en el nivel de: a) la Metaética, donde se contraponen la tesis de la objetividad interna frente al escepticismo moral pragmático; b) la Teoría, donde se realiza una defensa de la filosofía moral frente al instrumentalismo pragmático y c) el Derecho, donde se contrastan las visiones de que los jueces deben basarse en principios morales o en directrices políticas. En otro nivel, se estudiará el peso del pasado, presente y futuro en la orientación de las decisiones judiciales, donde el pragmatismo jurídico presenta una posición marcadamente prospectiva. Por último, pese a que oficialmente rechaza esta posibilidad, se debatirá la hipótesis de considerar a Dworkin como un pragmático.

ABSTRACT

Usually it's analyzed the relationships between legal positivism and Law as integrity, although this article analyzes the relationships between Dworkin's vision and the legal pragmatism, in Posner's version. Establishing the limits of the polemics it's proposed an analysis in the level of: a) Metatehics, where it's opposed the thesis of the internal objectivity in front of the pragmatic moral skepticism; b) Theory, where it's defended the moral philosophy in front of the pragmatism instrumentalism y c) Law, where it's opposed the visions that judges have to be based in moral principles or in policies. In other level, it's studied the weight of the past, present and future in the orientation of judicial decision, where the legal pragmatism presents a position clearly forward-looking. Finally, although he denies officially this possibility, it's analyzed the hypothesis of considering Dworkin as legal pragmatic

PALABRAS CLAVE

Derecho como integridad, pragmatismo jurídico, Filosofía del Derecho, interpretación judicial, Ronald Dworkin.

KEY WORDS

Law as integrity, Legal pragmatism, Philosophy of Law, Judicial interpretation, Ronald Dworkin.

1. Derecho, teoría y práctica

Existe un enfoque iusfilosófico que concibe que uno de sus objetivos principales consiste en delimitar conceptualmente la noción de Derecho. Una parte considerable del esfuerzo teórico de esta perspectiva

* Fecha de recepción: 15 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 10 de julio de 2010. Agradezco los comentarios y sugerencias de Eusebio Fernández, Rafael de Asís, Javier Ansuátegui, María del Carmen Barranco y Marisa Iglesias. Desarrollaré alguna de sus sugerencias en próximos trabajos sobre interpretación judicial. Este artículo se enmarca en el Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" CSD2008-00007. Y en el marco del proyecto de investigación "Historia de los Derechos Fundamentales", S.XX, cuya referencia es DER2008-03941.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid (España). Correo-e: oscar.perez@uc3m.es

es llegar a un acuerdo sobre los criterios semánticos para responder a la cuestión "¿Qué es el Derecho?". La perspectiva tradicional del positivismo jurídico se sitúa dentro de esta visión, que Dworkin caracteriza dentro de las teorías semánticas. Como pone de manifiesto Marmor, el intento de caracterizar el concepto de Derecho es básicamente independiente de responder preguntas sobre qué ordena la ley en esta o aquella situación. "¿Qué es el Derecho?" y "¿Cuál es (o debería ser) el derecho respecto de un caso individual?" son, de acuerdo con esta concepción tradicional, preguntas separadas y fundamentalmente independientes.¹ De esta forma, se produciría una cierta escisión entre la teoría y la práctica del Derecho.

Existe otro enfoque iusfilosófico que parte de centrar su objetivo, no en la cuestión de qué es el Derecho, sino, más bien, en cómo deben decidir los jueces los casos que se les presentan. Desde esta perspectiva, el Derecho es una actividad interpretativa, donde se producen desacuerdos sobre la interpretación de cuál es la mejor versión de la práctica jurídica. Como sostiene Marmor, para la visión dworkiniana, "el derecho es interpretativo en todo respecto", lo cual desafía la presuposición básica de la teoría analítica de que el concepto de derecho y la justificación de sus requerimientos particulares sean cuestiones separadas.² Frente a las teorías interpretativas del convencionalismo y del pragmatismo, Dworkin propone su visión de que el Derecho debería ser considerado según la noción central de integridad. Esto se desarrollaría como un principio legislativo, que llevaría a los legisladores a intentar hacer el conjunto total de las leyes moralmente coherentes y a un principio adjudicativo, que instruye que el Derecho debe ser coherente en esta forma, tanto como sea posible.³ Como ha sostenido Delgado Pinto, la coherencia que requiere el valor de la integridad se refiere más a los principios que subyacen a los textos legales o líneas de precedentes judiciales que al significado inmediato, explícito, de las reglas contenidas en ellos,⁴ lo que se ha sintetizado en que esta propuesta es una lectura moral de la Constitución basada en principios.

En nuestro ámbito, ha sido más habitual referirse a la controversia entre convencionalismo y *Derecho como integridad*,⁵ cuando no a la controversia entre teorías semánticas y teorías interpretativas, en especial, la literatura derivada del *Postscript* de Hart a

¹ MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, traducción de Marcelo Mendoza Hurtado, p. 55.

² MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, op. cit., p. 55.

³ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, p. 176.

⁴ DELGADO PINTO, José, "La noción de integridad en la Teoría del Derecho de R. Dworkin: Análisis y valoración", *Derechos y Libertades*, núm.11, 2002, pp. (15-43) 20.

⁵ Calsamiglia sostiene que "Dworkin ha adoptado una forma polémica de escribir y ha dirigido sus afiladas armas críticas contra las doctrinas utilitaristas y las escuelas analíticas del derecho". CALSAMIGLIA, Albert, "¿Por qué es importante Dworkin?", *Doxa*, núm 2, 1985, pp. (159-165) 159.

su obra *El concepto del Derecho* en réplica a Dworkin⁶. Una vía menos explorada en nuestro ámbito, ha sido analizar la polémica entre pragmatismo jurídico y el *Derecho como integridad*. Sin embargo, Dworkin reconoce que el pragmatismo jurídico es una concepción poderosa y persuasiva del Derecho y supone un desafío mayor que el convencionalismo al *Derecho como integridad*.⁷

Esta menor atención por el pragmatismo jurídico se explica por diversos factores, entre los que destacan las diferencias en la función atribuida a los jueces en los países de *Common Law* frente a los países de *Civil Law*⁸. En los segundos, la visión predominante se sitúa en alguna versión del convencionalismo. El pragmatismo jurídico, además, tendría un cierto vínculo con el pragmatismo filosófico, una visión que estaría enraizada en la cultura norteamericana. Desde esta perspectiva, Posner sostiene que "el pragmatismo filosófico es básicamente una filosofía americana, no viaja bien a otros países. Lo mismo es verdad para la adjudicación pragmática. Concretamente, el caso para esta adjudicación es más débil en una democracia parlamentaria que en una democracia federalista de frenos y contrapesos al estilo de los Estados Unidos".⁹

Estas consideraciones no han de hacer perder de vista que lo que importa es la calidad de los argumentos y las aproximaciones al fenómeno jurídico. Puede haber perspectivas valiosas y enfoques relevantes que permitan enriquecer el debate, sin que su origen deba ser necesariamente visto como un argumento en su contra. En una afirmación, que quizá podría sonar polémica, Posner señala que, en el prefacio de *El concepto de Derecho*, se dice que el lector es libre de tomar el libro como "un ensayo de sociología descriptiva" y así es considerado, como una descripción estilizada del sistema jurídico inglés por un participante culto, mientras que la Filosofía del Derecho de Dworkin es

⁶ Vid. COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's postscript*, Oxford University Press, 2001; RODRIGUEZ, César, *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997; SOPER, E. Philip, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, núm. 52, 1976-1977; LEITER, Brian, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence", *American Journal of Jurisprudence*, núm. 48, 2003; BODENHEIMER, Edgarhe, "Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", *Georgia Law Review*, núm. 1, 1976-1977; SHAPIRO, Scott J., "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed", *University of Michigan Public Law Working paper*, núm. 77, 2007.

⁷ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 153.

⁸ Una crítica similar se produjo sobre la propia visión de Dworkin como resalta Calsamiglia cuando afirma que "se ha puesto de manifiesto que sus críticas aquí están fuera de lugar porque el derecho anglosajón es muy distinto al derecho continental. Sin embargo, la preocupaciones de Dworkin no nos son ajenas.(...) Ciertamente Dworkin es un autor *incómodo* porque pone en cuestión presupuestos profundamente arraigados en la mentalidad de los juristas. El razonamiento jurídico bebe de las fuentes del razonamiento moral y por eso sus tesis merecen respuesta." CALSAMIGLIA, Albert, "¿Por qué es importante Dworkin?", op. cit, p. 165.

⁹ POSNER, Richard, "Pragmatic adjudication", *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996-1997, pp.(1-20) 18.

una descripción tan iluminadora como estilizada de los métodos de los Jueces liberales de la Corte Suprema.¹⁰ Esta visión puede suscitar alguna reflexión sobre la relación entre teoría y práctica jurídica, lo que se acerca al tema central de este artículo.

Si el Derecho es una actividad interpretativa y, por tanto, el objetivo es dar cuenta de la mejor versión de la práctica jurídica, la cuestión relevante se traslada a cómo los jueces deciden los casos que se plantean. Esto puede tener diversos desarrollos, pero una cuestión 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 antiteoría. 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.

Obviamente ambas visiones presentan diferentes concepciones de las relaciones entre teoría y práctica, que se trasladan a la perspectiva que los jueces deben abordar en la resolución de los casos. Desde este punto de vista, Dworkin ha planteado como dilema, algo que está inherente en su posición de que: "los jueces tienen que ser filósofos, pero no pueden y quizás no deberían ser filósofos."¹¹ Si la Corte Suprema debe decidir sobre el aborto, la acción afirmativa, la eutanasia o la libertad de expresión, estos temas radican en cuestiones de valores que sugieren reflexiones de diverso calado sobre su correcta aplicación, sus relaciones y posibles conflictos. Esa es la vocación de filósofos morales y políticos. De esta forma, filósofos y jueces se influyen, se interrelacionan, se necesitan para dar la mejor versión de los conceptos clave de la moralidad política y de la Constitución. Sin embargo, esto no debe suponer que los jueces estén obligados a hacer un Doctorado en Filosofía. Pero en la visión de Dworkin esto sí ha de significar que los jueces deben tener una comprensión suficiente del trabajo de los principales filósofos de las ramas pertinentes de la filosofía para

¹⁰ POSNER, Richard, *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon press, Oxford, 1996, p. 20.

¹¹ DWORKIN, Ronald, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", *Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia*, vol. LXIV, núm 144, 2007, pp. (16-36) 20.

estudiarlos críticamente. En esta línea, no sólo la filosofía política y moral sustantiva son temas apropiados para incluir, de diferentes formas, en los planes de estudio de las Facultades de Derecho, sino que Dworkin estima que las Facultades de Derecho pueden ser un *mejor* lugar para realizar tales estudios que cualquier otra Facultad de las Universidades, incluyendo las de Filosofía.¹²

Este entusiasmo por las virtudes de la Filosofía en el ámbito práctico, que caracteriza a Dworkin, es manifiestamente opuesto al enfoque del pragmatismo jurídico. En este sentido, Posner confiesa una visceral aversión (no duda que recíproca) al moralismo académico.¹³ En su línea de ataque, parte de una *tesis fuerte*, que sostiene que la Teoría moral no provee una base sólida para el juicio moral, y una *tesis débil*, que afirma que, incluso si la Teoría moral puede proveer una base sólida para nuestros juicios morales, no debería ser utilizada como base de los juicios *jurídicos*.¹⁴ Si se quiere comprender bien el enfoque de Posner debería analizarse su perspectiva metaética y epistemológica y su particular definición de Teoría moral, como producto elaborado del moralismo académico. Desde este punto de vista, la argumentación moral es una herramienta intelectual demasiado débil para desplazar convicciones morales.¹⁵

La crítica de Posner es, en primer lugar, que el producto intelectual de la Teoría moral tiene, a fin de cuentas, poca relevancia práctica en el día a día de las decisiones de los individuos y, en segundo lugar, no tiene ni debe tener relevancia en el proceso de decisión judicial. Desde esta perspectiva, Posner sostiene que el moralismo académico no puede tener éxito en su objetivo de mejorar la conducta humana, por un número de razones: 1.- Conocer la acción moral no proporciona una motivación para hacerla, la motivación ha de venir de fuera de la moralidad; 2.- Las herramientas analíticas empleadas por el moralismo académico- el causismo moral, o el razonamiento desde los textos canónicos de filosofía moral, o el equilibrio reflexivo- son muy débiles para invalidar el autointerés o las intuiciones morales; 3.- Existe tanto desacuerdo entre los académicos moralistas que el lector puede fácilmente encontrar una racionalización persuasiva de su preferido curso de conducta, cualquiera que sea; 4.- El carácter de una carrera académica moderna en filosofía no conduce a innovación o perspicacia

¹² DWORKIN, Ronald, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", op. cit, pp. 34-35.

¹³ Entre los representantes de este moralismo académico estarían filósofos de hoy en día como Elisabeth Anderson, Sissela Bok, Ronald Dworkin, David Gauthier, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Matha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, y Judith Jarvis Thompson. POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", *Harvard Law Review*, vol. 111, núm 7, 1998, pp. (1637-1717) 1640.

¹⁴ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1639.

¹⁵ POSNER, Richard, "Conceptions of legal "theory". A response to Ronald Dworkin", *Arizona State Law Journal*, núm. 29, 1997, pp. (377-388) 382.

moral; 5.- Exponer filosofía moral puede llevar a las personas a actuar *menos* moralmente por hacerlos más adeptos a la racionalización.¹⁶

Expuestas de esta forma las posiciones del Derecho como integridad y del pragmatismo jurídico, el objetivo de estas líneas será intentar dar una respuesta acerca de cuál es el papel adecuado de la Teoría en la resolución de los casos judiciales. Será una forma de caracterizar la crítica del pragmatismo jurídico a la propuesta interpretativista de Dworkin. Para ello es necesario realizar algunas precisiones previas.

La primera tiene que ver con la delimitación de la noción de pragmatismo jurídico. Existe una tradición filosófica, básicamente norteamericana, que recibe el nombre de pragmatismo y que tiene como representantes a Peirce, James y Dewey¹⁷. También, de forma más actual, existen otros autores que se reivindican pragmáticos, donde estarían Quine, Sellars, Davidson, Putnam y Rorty. Se podría calificar a estas visiones como pragmatismo filosófico y, más en concreto, los segundos serían calificados como neopragmáticos. Sin embargo, aunque existen algunas conexiones, Posner desvincula el pragmatismo filosófico y el pragmatismo jurídico, ya que este último, lejos del academicismo, estaría más cercano a un *pragmatismo cotidiano*. Desde esta perspectiva, sostiene que "el discurso filosófico del pragmatismo es académico, sutil, complejo y expresado en un adusto vocabulario técnico. También tiende a ser contemplativo más que orientado a la acción. El *pragmático cotidiano* utiliza el sentido común para resolver problemas; el filósofo pragmático explica por qué esto es una decisión sensata."¹⁸

Otra precisión es que se va a mostrar el debate Dworkin v. Posner, tomando respectivamente a estos autores como paradigma del moralismo académico y del pragmatismo jurídico. Esto se justifica de diversas formas. Una de ellas es que éste ha sido un debate vivo entre estos autores que permite vislumbrar puntos de vistas interesantes sobre cada posición. Pero es relevante afirmar, en estas precisiones, que

¹⁶ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, pp. 1641-1642.

¹⁷ Faerna sostiene que "el pragmatismo nunca llegó a dar lugar a lo que convencionalmente se entiende por una "escuela" filosófica. Su impronta en el pensamiento posterior ha sido y es cuantitativa y cualitativamente importante, pero posee dos características peculiares. En primer lugar, no se concentra exclusivamente en la filosofía, sino que se abre a otros campos y disciplinas como el derecho, la educación, la psicología, la sociología o la teoría política. En segundo lugar, no se ha transmitido como un núcleo teórico más o menos indivisible, sino mediante el arraigo de determinadas ideas seminales que, aun teniendo su origen o habiendo cobrado impulso en el pensamiento de los pragmatistas, han sido profundamente asimiladas por las más diversas corrientes contemporáneas y no pueden ya reconocerse como una unidad original". FAERNA, Angel Manuel, *Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1996.

¹⁸ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 52.

no todo el pragmatismo jurídico comparte todos los puntos de vista expresados por Posner. Como sostiene Farber, el pragmatismo jurídico no es fácil de definir. Son posiciones que compartirían una visión antifundacionalista, una categoría que incluye creyentes en la razón práctica aristotélica, algunas teóricas feministas, adherentes a las teorías literarias como hermenéutica y deconstrucción y a estudiantes de la filosofía del lenguaje.¹⁹ Más cercana a las visiones de Posner, existiría una escuela de pragmáticos jurídicos que incluiría a William Eskridge, Daniel Farber, Phillip Frickey, Thomas Grey, Frank Michelman, Martha Minow, Margaret Jane Radin, Cass Sunstein y otros.²⁰

El pragmatismo jurídico no se agota, pues, en Posner, pero tiene en él uno de sus mayores defensores. De alguna forma así lo ha entendido Dworkin que le ha hecho objeto de sus críticas. En ocasiones, utilizando su imaginación con comparaciones zoológicas del tipo "bulldog" o "avestruz" y, en alguna otra ocasión, acusando a Posner - juez en ejercicio- de violar cánones de conducta judiciales al realizar comentarios sobre el caso Clinton.²¹ A pesar de estas anécdotas, el debate Dworkin v. Posner es fecundo en argumentos y muestra puntos de vista opuestos sobre el papel de los jueces y la relación entre teoría y práctica. Entre otros motivos, porque ambos se conciben mutuamente como la posición contra la que quieren polemizar. Sin embargo, pese a impresiones apresuradas, las diferencias relevantes entre sus enfoques serían menores de lo que a primera vista pudiera parecer.

Es sintomático, en este sentido, que Posner proponga una serie de adjetivos que caracterizan el punto de vista pragmático como: práctico, instrumental, prospectivo, activista, empírico, escéptico, antidogmático, experimental y añade "no son aquellos que uno tiene en su mente cuando considera el trabajo de Dworkin".²² Sin embargo, en su réplica, Dworkin, que ve en esta posición un valioso consejo -como es considerar el dogmatismo como un error grave-, concluye que "aunque Posner deja claro que no aprueba mi teoría de aplicación judicial del derecho, apenas dice algo preciso sobre por qué o en qué se diferencia de la suya".²³

Para delimitar los aspectos de la polémica entre Dworkin v. Posner se propondrá un análisis en el nivel de: a) la Metaética, donde se contraponen la tesis de la objetividad interna frente al escepticismo moral pragmático; b) la Teoría, donde se realiza una defensa de filosofía

¹⁹ FARBER, Daniel, "Reinventing Brandeis: Legal pragmatism for the twenty first century", *University of Illinois Law Review*, vol. 1995, num 1, 1995, p. (163-90) 167.

²⁰ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 389.

²¹ POSNER, Richard, "Tribute to Ronald Dworkin", *NYU Annual Survey of American Law*, núm. 63, 2007-2008, p. (9-14) 11.

²² POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit, 1995, p. 11.

²³ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila y Iñigo Ortiz de Urbina, p. 75.

moral frente al instrumentalismo pragmático y c) el Derecho, donde se contrastan las visiones de que los jueces deben basarse en principios morales o en directrices políticas. En otro nivel, se estudiará el peso del pasado, presente y futuro en la orientación de las decisiones judiciales, donde el pragmatismo jurídico presenta una posición marcadamente prospectiva. Por último, pese a que oficialmente rechaza esta posibilidad, se debatirá la hipótesis de considerar a Dworkin como un pragmático.

2.a) Metaética: objetividad interna v. escepticismo moral pragmático

La metaética es la disciplina que trata del significado de los términos éticos. A pesar de las miles de páginas en libros y revistas académicas en que los asuntos metaéticos se han discutido, Hospers señala que no se ha alcanzado demasiado acuerdo en estos temas. La ética normativa es la disciplina que trata sobre qué fines son *buenos*, que actos son *correctos*, qué políticas son *justas* y por qué acciones una persona debe ser considerada *responsable*.²⁴ Para presentar las posiciones del pragmatismo jurídico y el Derecho como integridad, es relevante iniciar el análisis por la perspectiva metaética que asumen. Con este objetivo es necesario partir de una distinción habitual entre realismo y antirrealismo, que son primariamente direcciones, y no posiciones. Sostener que algo es independiente de la mente es moverse en la dirección realista; negarlo es moverse en la dirección opuesta.²⁵ Históricamente el realismo moral tenía un componente metafísico que se traducía en versiones de la doctrina del Derecho Natural. En la actualidad, Dworkin defiende lo que denomina *realismo minimalista*, que incorpora una noción de objetividad interna y defiende que para los casos difíciles existe una única respuesta correcta. Por su parte, Posner sostiene lo que denomina un *escepticismo moral pragmático* que, en ocasiones, formula como un relativismo metaético en sentido débil y, en ocasiones, como un subjetivismo moral. Lo que parece más relevante de este enfoque es que busca reducir el ámbito de lo que es *moral* e *inmoral*, y por ende, que otras construcciones de la Teoría moral aporten algo realmente significativo al día a día de los asuntos cotidianos de las personas.

Para desarrollar la visión metaética de su versión del pragmatismo jurídico, Posner parte de asumir un relativismo metaético en sentido débil. Es decir, existen valores morales, lo que le diferencia del escéptico o relativista metaético en sentido fuerte, pero son internos a una sociedad o cultura. En este sentido, afirma que “no podemos llamar a otra cultura “inmoral” sino añadimos “ante nuestros ojos”

²⁴ HOSPERS, John, *An introduction to philosophical analysis*, Routledge, Londres, 1990, pp. 348-349.

²⁵ HONDERICH, Ted (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, 2005, p. 787.

entonces soy un relativista moral".²⁶Y, a continuación, niega ser un relativista en el sentido de "todo vale" más adecuadamente descrito como subjetivismo moral.²⁷Pero lo sorprendente es que, unas líneas más adelante, se adhiera a la tesis del subjetivismo moral que describe como: "un individuo actúa inmoralmente sólo cuando actúa contrariamente a cualquiera que sea la moralidad que ha adoptado para sí mismo."²⁸ No hay ejemplo que muestre que alguien ha actuado moralmente mal, si se supone que ha actuado de forma consistente consigo mismo y esa consistencia es un principio de un código moral personal. Lo máximo que se puede decir sobre este tipo de persona, es que está actuando de forma contraria a las visiones morales sostenidas por la mayoría de las personas en su sociedad.²⁹ En una versión anterior del texto, publicada como artículo, afirmaba: "Está actuando de forma contraria a la moralidad de su sociedad y, por tanto, mucha gente pensará que él se equivocó."³⁰ Es importante, para afirmar su argumento, la distinción de moral social y moral individual y cuál es el referente que realmente utiliza como criterio de moralidad crítica.

"Es verdadero que los términos morales tienen definiciones que encajan con las circunstancias inequívocamente: el esposo infiel es infiel. Pero la moralidad que condena el traidor o el adúltero no puede ser evaluada por sí misma en términos morales; esto sería posible sólo si hubiera razonablemente verdades morales transculturales concretas."³¹ Aquí se produce un salto en su argumentación, donde pasa del relativismo, tal como lo ha definido, al subjetivismo moral. Me parece que la confusión se debe a mezclar los planos del ser y del deber ser. Cuando alude a que actúa contra la moralidad de su sociedad, está utilizando un concepto de relativismo cultural que se limita de describir la moral social. Pero él ha asumido la premisa metaética del relativismo, en sentido débil, que considera que existen verdades morales y son internas a una sociedad o cultura. Por tanto, cada sociedad o cultura determina, en el nivel del deber ser, unos valores morales como correctos o incorrectos. El salto que se produce es que Posner alude a los valores transculturales como los únicos para evaluar los comportamientos morales, pero olvida que la premisa metaética, que primero sostuvo, se basa precisamente en la moralidad que proviene de los valores dentro de una cultura o sociedad. Como afirma Dworkin, si el relativismo fuera correcto, entonces junto con la información general

²⁶ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit., p. 1642.

²⁷ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit., p. 1642.

²⁸ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit., p. 1643.

²⁹ Este libro de Posner amplía su artículo con el mismo nombre. Existen unos pocos cambios de redacción entre los dos textos, pero que no afectan a su sentido general. POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 9.

³⁰ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit., p. 1643.

³¹ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit., p. 1643.

sobre "el código moral de una concreta cultura", ofrecería "una sólida base" para afirmaciones morales dentro de esa cultura.³²

Su posición es más propiamente un subjetivismo moral, pero para que no haya contradicción con su primera adhesión al relativismo, afirma que "no existe inconsistencia en decir que todas las verdades morales son locales y entonces añadir que la moralidad de uno mismo es hiperlocal, estando limitada a uno mismo."³³ El problema con esta posición es que pasa del sentido débil del relativismo metaético al sentido fuerte o escepticismo moral. Es una forma de solipsismo que negaría la validez de la moralidad intersubjetiva. Posner parte de autodefinirse con estas palabras: "no soy un escéptico moral, esto es, aquel que cree que la verdad moral no se puede conocer."³⁴ Sin embargo, mantiene también que sí es un escéptico moral cuando sostiene "afirmo que no hay respuestas *convincientes* a cuestiones morales *controvertidas* a no ser que las cuestiones sean reducibles a cuestiones de hecho. Esta visión me convierte en un escéptico moral en el sentido de alguien que duda de la posibilidad de hacer juicios objetivos sobre afirmaciones morales que los teóricos quieren realizar."³⁵ Si no cabe hacer juicios objetivos sobre afirmaciones morales, sólo cabe hacer juicios subjetivos. Es decir, formular opiniones que, en el fondo, no tendrían justificación, en una forma de *nihilismo moral*.³⁶

A pesar de su proclamado rechazo del escepticismo moral estricto, Posner ejemplifica su noción de subjetivismo moral con un ejemplo contraintuitivo: "una persona que asesina un niño está actuando inmoralmente en nuestra sociedad; una persona que sinceramente reivindique, con o sin argumentos de apoyo, que es correcto matar a niños estaría afirmando un posición moral privada. Lo consideraría un lunático, un monstruo, o un idiota, así como un violador del código moral localmente prevalente. Pero dudaría de llamarlo inmoral, de la misma forma como dudaría llamar a Jesucristo inmoral por haber violado las normas establecidas del Judaísmo y el Derecho Romano o considerar a Poncio Pilatos inmoral por hacer cumplir ese Derecho."³⁷ Me parece una comparación desafortunada ya que establece que la corrección moral de una acción depende de que un sujeto se adhiera a ella, incluso sin argumentos.

En un artículo anterior, en controversia con Dworkin, Posner afirma que "la posición que he bosquejado no es relativismo moral, al menos no es la posición que Dworkin me atribuye, de que las creencias

³² DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 98.

³³ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1643.

³⁴ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1643.

³⁵ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 10.

³⁶ HOSPERS, John, *An introduction to philosophical analysis*, op. cit, p. 365.

³⁷ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 10.

morales son un asunto de opinión.”³⁸ En ese artículo mantiene que las verdades morales son locales, específicas a sociedades particulares, más que universales. Esta posición sigue su primer planteamiento expuesto como relativista metaético en sentido débil. Pero si se analiza el segundo argumento como subjetivismo moral, la conclusión es que Posner se ve incapaz de considerar inmoral a alguien que defienda determinada acción, por muy contraintuitiva que parezca. La inmoralidad sólo surgiría de la incoherencia de un individuo entre su código personal y sus acciones. Pero si eso es así, la crítica de Dworkin de que la moralidad para Posner es un asunto de opinión parece algo acertado.

La concepción metaética de Dworkin parte de defender una versión del objetivismo moral, que califica de *realismo minimalista*, que tiene como consecuencia poderosa que la moralidad es “una dimensión independiente, distinta de nuestra experiencia, y ejerce su propia soberanía.”³⁹ Dworkin expone argumentos contra el escepticismo externo e interno, realizando una defensa de su conocida tesis de que los casos judiciales tienen una *única respuesta correcta*. Este es uno de los puntos más polémicos de su teoría. El *escepticismo externo* sostendría una visión metafísica, no moral o interpretativa, según la cual los juicios morales o estéticos no son descripciones que puedan ser probadas o verificadas como la física. Las opiniones no serían descubiertas, sino que serían proyectadas sobre la “realidad”. Pero Dworkin aduce que su noción de objetividad no implica la existencia de la descripción de algún ámbito moral metafísico especial, sino más bien para cualificar o enfatizar el *contenido* de ciertas afirmaciones, que no expresan las creencias, necesidades o intereses particulares de ciertas personas, sino más bien las afirmaciones que podría sostener impersonalmente cualquier persona.⁴⁰

El escepticismo interno sostendría que las personas que interpretan poemas o deciden casos difíciles en Derecho no puedan hablar o actuar sobre la base de que una visión pueda ser correcta y otra equivocada. El argumento en contra de Dworkin es, en cierta forma, una versión de la *paradoja del mentiroso o la autorreferencia* ya que afirma que el escéptico interno, para sostener su posición, necesita basarse en argumentos o convicciones morales (estéticas o interpretativas). Sostener que no hay razones mejores que otras para afirmar que la esclavitud es injusta es, en sí misma, una opinión moral. La clave desde esta perspectiva es que los argumentos tienen el mismo carácter controvertido que los argumentos que se les oponen.⁴¹ La estrategia de Dworkin contra el escepticismo es lo que Bonorino

³⁸ POSNER, Richard, “Conceptions of legal “theory”. A response to Ronald Dworkin”, op. cit, p. 383.

³⁹ DWORKIN, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d better believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 25, 1996, pp. 98-99, p. 128.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, op. cit, p. 81.

⁴¹ DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, op. cit, p. 85-86.

denomina "defensa negativa" que consiste en mostrar que ninguna de las razones con las que se ha pretendido defender la imposibilidad de considerar una respuesta valorativa mejor que otra, resulta plausible.⁴²

La visión de Dworkin se separa de la *objetividad externa*, donde se presupone que el objeto tiene determinadas propiedades cuya presencia no depende de las convicciones de quien interpreta, y afirma un noción de *objetividad interna* -como la denomina Iglesias Vila- donde los juicios de un agente son criterios de corrección respecto de otros juicios de este mismo agente⁴³. Esta es una estrategia contra el escepticismo que han utilizado autores como Davison o Putnam. Según la visión dworkiniana, la corrección de un juicio o el contenido de una creencia no pueden ser evaluados con independencia del resto de convicciones que configuran un esquema conceptual. Esto sólo es posible si el conjunto de creencias forman un cuerpo lo suficientemente complejo y sólido, está estructurado y jerarquizado.⁴⁴ Esta posición se aproxima al *holismo epistémico* de Quine⁴⁵ y al *coherentismo epistémico* de Davison⁴⁶.

Esto se relaciona con la estructura de los valores para Dworkin donde existe una continuidad entre el nivel más concreto y el más abstracto, en lo que se denomina "ascenso justificatorio". Por otra parte, el esquema conceptual no es simplemente un conjunto de convicciones de una persona aislada, sino que se parte de un trasfondo, de un contexto que da significados a los individuos como seres sociales. Como apunta Santos, la teoría de Dworkin no es descriptiva, ni prescriptiva, es una teoría de carácter reconstructivo que pretende *reconstruir* aquello que hace una comunidad política *en general* cuando pretende dar una explicación y justificación adecuadas de lo que son sus prácticas jurídicas.⁴⁷

Este enfoque no considera una noción de *verdad como correspondencia*, sino de *verdad como coherencia*. Se define una práctica interpretativa, por parte de los participantes, que se establece a través de unos *juegos de lenguaje* -Wittgenstein-, por el uso de la interrelación de una red de conceptos, que adopta como criterio de verdad la *consistencia narrativa*. Pero si esto es así, cabe plantear que su intención declarada de desmarcarse de las asunciones pragmáticas no es tan clara como a primera vista pudiera parecer. Esta tesis de la

⁴² BONORINO, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, p. 111.

⁴³ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 175.

⁴⁴ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 175.

⁴⁵ QUINE, Willard, "Dos dogmas del empirismo" en VALDES, Luis (ed.), *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, 1985.

⁴⁶ DAVIDSON, Donald, "Verdad y conocimiento: Una teoría de la coherencia" en DAVIDSON, Donald, *Mente, mundo y acción*, Paidós, Barcelona, 1992, traducción de Carlos Moya.

⁴⁷ SANTOS PÉREZ, María Lourdes, "Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin", *Doxa*, núm. 26, 2003, p. (347-385) 372.

objetividad interna, según Iglesias Vila, pretende conciliar o diluir la distinción entre lo objetivo y subjetivo.⁴⁸ Cabe recordar que la visión de Posner defendía, como casi único criterio de corrección moral, la coherencia del sujeto con sus propias convicciones. Obviamente pueden existir algunas diferencias relevantes entre objetivismo y subjetivismo, como se desarrollará más adelante, pero como apunta Bonorino, la hermenéutica y el holismo (al menos en sus formas más corrientes) conducen casi irremediabilmente hacia ciertas posiciones antifundacionistas, a las que Dworkin considera inaceptables.⁴⁹

2.b) Teoría: filosofía moral v. instrumentalismo

“Me siendo cómodo no estando globalmente en contra de la teoría”.⁵⁰ Esta afirmación proviniendo de Posner podría sorprender en el contexto de un artículo que parte de una tesis contra la Teoría moral propugnada por el moralismo académico. Precisamente en este punto quiere aclarar que su objetivo cualificado es un tipo de teoría, no necesariamente *toda* teoría. Sus críticas no responden meramente a su particular perspectiva, por cuestiones de edad o dedicación a la judicatura⁵¹. Según su punto de vista, las teorías más exitosas que pueden encontrarse están en áreas de las Ciencias Naturales que estudian entidades observables; estas teorías pueden ser refutadas comparando las predicciones generadas por la teoría con los resultados de la observación. Dos cosas se requieren: que la teoría produzca predicciones refutables y que los datos que puedan refutar sean observables.⁵² Como ejemplos de teorías que aportan pruebas *indirectas* de sus tesis, Posner cita la Teoría de la Evolución y la Economía.

En la polémica Dworkin v. Posner, la noción de teoría ocupa un papel ya que el primero califica a Posner y Sunstein como antiteóricos. La réplica de Posner es ofrecer un concepto de teoría cercano al científico⁵³ y en el caso de la teoría jurídica o moral, los requisitos de la Teoría serían “algún grado de generalidad o abstracción, y una

⁴⁸ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 176.

⁴⁹ BONORINO, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, op. cit, p. 159.

⁵⁰ POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, op. cit, p. 1646.

⁵¹ Las personas mayores y los jueces en el sistema anglo-americano, según su visión, suelen ser antiteóricos. POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, op. cit, p. 1646.

⁵² POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, op. cit., p. 1646.

⁵³ Posner sostiene que “Los científicos, incluyendo científicos sociales (al menos los economistas), generalmente comprenden por “teoría” un modelo consistente lógicamente, abstracto de relaciones causales, aplicables a algunos dominios de la realidad física o práctica social, desde las que las hipótesis que pueden ser deducidas pueden ser confirmadas o refutadas (en algunas versiones sólo refutadas) con datos objetivos generados por observación experimental o otra sistemática.” POSNER, Richard, “Conceptions of legal “theory”. A response to Ronald Dworkin”, op. cit., p. 379.

insistencia en la consistencia.”⁵⁴ La crítica de Posner es que “por Teoría, Dworkin significa su propia concepción, altamente específica, de teoría jurídica.”⁵⁵ En esta línea, insiste en que si fuera cierto el ataque de Dworkin, de que él es relativista o utilitarista -cosa que niega-, éstas son teorías, lo que no le convertiría en antiteórico, sino en antidworkiniano.⁵⁶

El pragmatismo jurídico utiliza una noción de teoría que parte de su particular epistemología y, en especial, del enfoque característico de las relaciones entre teoría y práctica, en que, de forma sintética, prima “aquello que funciona”. Entre los compromisos epistémicos del pragmatismo jurídico se encuentran las consecuencias del giro lingüístico del segundo Wittgenstein y su noción de los *juegos de lenguaje*. A este respecto, Dworkin afirma que “el Juez Posner ha flirteado con esta asombrosa tesis. Parece estar a favor de la idea de que el lenguaje, antes que intentar indicar cuál es nuestro universo moral, lo crea.”⁵⁷ La orientación práctica del pragmatismo jurídico se corresponde con una epistemología moral que no tiene fuertes compromisos en nociones como verdad como correspondencia u objetividad, más bien se preocupa por un enfoque práctico e instrumental del conocimiento, alejado de esencialismos. Es importante destacar que el pragmatismo jurídico, como sostiene Cotter, no pone en cuestión la existencia de un mundo externo a la mente, simplemente no cree que las afirmaciones consideradas como verdaderas por correspondencia a una realidad externa sea una actividad productiva.⁵⁸ El tema es que el pragmatismo jurídico tiene otro enfoque epistemológico ya que considera que el conocimiento es instrumental. Esto significa, según Cotter, que el significado de una proposición reside en sus consecuencias, de forma que dos proposiciones con las mismas consecuencias tienen (por todos los objetivos e intenciones relevantes) el mismo significado.⁵⁹ Por tanto, las preguntas sobre la realidad en sí misma o la esencia de un valor determinado dejan de tener interés relevante para un pragmático.

Desde esta perspectiva, Posner se pregunta: “¿Cómo sabemos que los objetos continúan existiendo cuando nadie los está mirando? Una respuesta es pragmática: “¿A quién le importa?”⁶⁰ Por tanto, el

⁵⁴ Posner afirma que “Mas allá no parece posible especificar las precondiciones de que cuenta como una teoría jurídica o moral.” POSNER, Richard, “Conceptions of legal “theory”. A response to Ronald Dworkin”, op. cit, p. 379.

⁵⁵ POSNER, Richard, “Conceptions of legal “theory”. A response to Ronald Dworkin”, op. cit, p. 380.

⁵⁶ POSNER, Richard, “Conceptions of legal “theory”. A response to Ronald Dworkin”, op. cit., p. 382.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit., p. 72-73.

⁵⁸ COTTER, Thomas, “Legal pragmatism and the Law and Economics Movement”, *Georgetown Law Journal*, núm. 84, 1995-1996, p. (2071-2141) 2076.

⁵⁹ COTTER, Thomas, “Legal pragmatism and the Law and Economics Movement”, op. cit, p. 2078.

⁶⁰ Posner afirma que “una idea, sugerida por Wittgenstein, es que nuestra certeza de que los objetos continúan existiendo cuando nadie los mira es mayor que ninguna

conocimiento debe ser productivo, instrumental, orientado al futuro. En su crítica al moralismo académico, Posner explica que el mayor problema para la teoría moral normativa en la América de hoy no es la ausencia de una realidad moral independiente de la mente, sino más bien el pluralismo moral *dentro* de los Estados Unidos. Desde esta perspectiva, la razón por la que el pluralismo moral es un problema para la teoría moral es que sin una realidad independiente de la mente o un marco lingüístico o lógico ajustado es difícil decir si "la incorrección del aborto no depende de que alguien piense que es incorrecto", cuando su incorrección (o corrección) *sí* depende⁶¹. La conclusión para Posner es que la aceptabilidad de un principio moral es inversa a su capacidad de resolver un tema actual. Si en algún nivel la Teoría moral es como la teoría científica -como los realistas morales creen- es como una teoría científica fracasada.⁶²

En este punto, Posner alude a un pasaje donde Dworkin afirma que la incorrección del aborto no depende de que alguien piense que es incorrecto.⁶³ Desde la metaética del escepticismo moral pragmático y la visión pragmática de la adjudicación, que Posner defiende, se considera que la teoría moral no ayuda, ni sirve para resolver los casos judiciales. En esos casos, son otros los factores relevantes como las consecuencias de las decisiones o las consideraciones políticas. Desde la metaética del objetivismo moral y la visión interpretativista de la *única respuesta correcta*, que Dworkin defiende, los casos judiciales suponen, en ocasiones, que los jueces aplican principios morales, que deben ser interpretados de forma coherente con la noción de integridad. Posner critica el moralismo académico y considera poco útil la teoría moral para el día a día del proceso de decisión de los jueces, que considera mejor descrito con su propuesta pragmática. En cambio, Dworkin desarrolla una visión elaborada del Derecho como interpretación, que supone, en última instancia, una moralización de la actividad de los jueces, de forma coherente con sus compromisos metaéticos con el objetivismo moral. Dworkin también considera que su visión describe mejor cómo actúan los jueces en los Estados Unidos, especialmente los casos de la Corte Suprema.

base que pueda ser dada para esa creencia. De forma diferente, si uno duda de la existencia de mundo externo, uno no está jugando nuestro juego. Menos educadamente, la premisa de un mundo externo es constitutiva de la racionalidad en la misma forma que la inducción científica lo es -cuya validez no es tampoco demostrable." POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 75.

⁶¹ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1656.

⁶² Los teóricos morales están en contra del hecho bruto de que no existe consenso sobre ningún principio moral desde que las preguntas a cuestiones morales controvertidas son derivadas. POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1657.

⁶³ DWORKIN, Ronald, "Objectivity and Truth: You'd better believe it", op. cit, pp. 98-99, 109.

Estas precisiones son relevantes ya que, marcando los perfiles y objetivos de cada posición, pueden comprenderse mejor las críticas y desencuentros entre Dworkin y Posner. Respecto a la epistemología se basa en los *juegos del lenguaje* y su aplicación al Derecho, Dworkin pone un ejemplo: Si le digo al crítico metafísico que el genocidio es abominable o que la discriminación racial es injusta y él me contesta: "Sí, es verdad, estoy de acuerdo contigo. Pero, por favor, no cometes el error de pensar que estas proposiciones son objetivamente ciertas o que su verdad se asienta sobre la realidad. Sólo has expresado tu opinión, con la que resulta que estamos de acuerdo tanto yo como otros dentro de nuestra comunidad de discurso o interpretativa."⁶⁴ Desde esta perspectiva, Dworkin ofrece dos argumentos a favor de sus tesis. El primero, sostendría que se necesita una verdad moral objetiva para determinar si una tesis interpretativa es "realmente superior" en los casos verdaderamente difíciles.⁶⁵ La réplica que se puede realizar es que esta posición es coherente con su teoría, pero asume, sin discusión, siendo algo controvertido, que la moralidad tiene un papel determinante en la calidad de las tesis interpretativas. En segundo lugar, niega el papel de la indeterminación como posible tesis interpretativa "realmente superior". En tercer lugar, niega que las tesis interpretativas, que incorporen elementos realistas o pragmáticos, en concreto aplicando directrices políticas, sean "realmente superiores".

El segundo argumento está relacionado con el primero. La consecuencia de asumir la noción de *juegos de lenguaje* está más vinculada al disenso dentro de la sociedad que al consenso de valores. Desde este punto de vista, Dworkin sostiene que "de esta forma, no es que haya una verdad para nuestra comunidad, sino más bien que hay una verdad diferente para cada uno de nosotros. Y sobre esta base no podemos sostener un enfoque teórico de la aplicación judicial del derecho."⁶⁶ La réplica de Posner podría ser algo así como: "pero sí se puede sostener un enfoque *pragmático* de la aplicación judicial del derecho". De hecho, Posner lo hace partiendo, además, como premisa metaética del escepticismo moral pragmático. También se puede repetir el argumento, que está implícito en la argumentación, de que la verdad moral es determinante en los modelos teóricos de interpretación de la aplicación judicial, asunto no exento de polémica en la teoría jurídica. Otra cuestión, que está implícita, es una noción laxa de pluralismo en su teoría que tiene la contra cara de un monismo moral que se convierte en casi necesario para explicar la aplicación judicial del derecho. En un libro homenaje a Isaiah Berlin, Dworkin concluye su ensayo sobre el pluralismo de valores, con estas palabras: "después de todo, las concepciones más atractivas de los valores liberales

⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 73.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 73.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit., p. 73.

destacados se apoyan mutuamente en la forma correcta. No se nos ha dado una razón para abandonar tal esperanza"⁶⁷.

Un argumento, esbozado ya en el anterior apartado, se relaciona con que esta crítica a Posner por aplicar los *juegos del lenguaje* es inconsistente en considerar la objetividad interna, en una versión de la verdad como coherencia. La noción de verdad se hace significativa e inteligible para los interlocutores insertos en la práctica jurídica. Dentro de esa práctica, se pueden encontrar unos argumentos más convincentes que otros y razones con más fuerza discursiva que otras acerca de cómo es el Derecho y qué comportamientos exige. Estos son argumentos de los participantes. Desde este punto de vista, Iglesias Vila sostiene que "nada cabe encontrar fuera de su *juego de lenguaje* que les dé una base más sólida para afirmar lo que afirman para determinar quien emite el juicio correcto en caso de conflicto. Al mismo tiempo, tampoco hay ningún mecanismo para distinguir entre el *juego de lenguaje* y el mundo real."⁶⁸

La aportación del segundo Wittgenstein supuso un *giro pragmático* de la filosofía del lenguaje, que ha tenido influencia en otros ámbitos de la filosofía, que de forma sintética, se podría resumir en la conocida formulación de: "no preguntes por el significado, pregunta por el uso"⁶⁹. Esto supone que el sujeto está incardinado en una práctica que hace inteligible los significados. Lo cual supone la relevancia del contexto y añade otra tesis, como es la imposibilidad de los lenguajes privados, de ámbito exclusivamente individual.⁷⁰ La propuesta de Dworkin busca dar la mejor versión de la práctica jurídica, a partir de la noción de integridad, que puede ser concebida como una forma de consistencia narrativa. De esta forma, la objetividad es algo interno a la práctica, lo que permite afirmar que, para los participantes, existen unas interpretaciones mejores que otras y, específicamente, que existe una única respuesta correcta para los casos judiciales. Por tanto, aunque oficialmente lo niegue, parece existir una afinidad entre Dworkin y la concepción wittgensteniana de los *juegos de lenguaje*. Sin embargo, la propuesta metaética del escepticismo moral pragmático, en su versión del subjetivismo moral, se apartaría de una atribución contextual de significado, dentro de una determinada práctica. El individuo puede defender cualquier opinión moral y su corrección depende de la coherencia con sus propias ideas. Se podría sostener que la práctica es tan "hiperlocal" que se reduce a un individuo, pero sería

⁶⁷ DWORKIN, Ronald, "Do liberal values conflict?", en LILLA, Mark; DWORKIN, Ronald; SILVERS, Robert (eds) *The legacy of Isaiah Berlin*, New York Review of Books, New York, 2001, p. (73-90) 90.

⁶⁸ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 224.

⁶⁹ CASTILLO, Ramón del, *Conocimiento y acción. El giro pragmático de la filosofía*, UNED, Madrid, 1995, p. 31. Wittgenstein en la *Investigaciones filosóficas* sostiene "¡Deja que los empleos de las palabras te enseñen su significado!" WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2002, traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, p. 503.

⁷⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, op. cit., pp. 277-278.

algo análogo a la tesis de los lenguajes privados. Obviamente, la versión del relativismo, en sentido débil, es compatible con la concepción de los *juegos de lenguaje*, es decir, la atribución contextual de significado ya que la corrección de las acciones depende de los valores internos a una cultura o sociedad.

De las críticas de estos argumentos de Dworkin se puede deducir algo más general de lo que Posner le había acusado. El primero basa su argumentación en sostener que las características de la teoría de la interpretación judicial son básicamente las de su propia teoría. De esta forma, Posner y Sunstein son antiteóricos cuando, como afirma Posner, serían meramente antidworkinianos. Desde esta perspectiva, la de Dworkin es una posible forma de "hacer" Derecho, pero no es la única forma que podemos reivindicar de ser teórico o ser teorizado.⁷¹

2.c) Derecho: principios morales v. directrices políticas

Uno de los aspectos más polémicos del enfoque de Posner es que la teoría moral no es útil para explicar la función judicial, en su línea de crítica al moralismo académico. En este sentido, Posner afirma que "si estoy en lo correcto no existe una conexión orgánica entre derecho y moralidad, entonces los jueces no necesitan tomar partido en cuestiones morales porque el rechazo del positivismo crea esa necesidad, o porque el derecho y la moralidad son continuos, o porque la moralidad da al derecho su contenido, o porque los jueces están dirigidos a aplicar la ley moral."⁷² Para clarificar su posición, Posner explica las situaciones en que un asunto moral puede introducirse en un caso. Primero, el asunto jurídico puede tener significado moral para alguna parte de la comunidad. Segundo, los jueces pueden decidir algunos casos sobre bases morales. Tercero, ellos pueden decidir algunos casos utilizando los métodos argumentativos del moralismo académico. Posner reconoce las dos primeras conexiones. En el segundo caso admite que algunos principios jurídicos, notablemente los de Derecho Penal, están claramente informados por las opiniones morales de la comunidad. Concluye Posner "aplicar un principio moral en un asunto jurídico no es la misma cosa que tomar partido en asuntos morales controvertidos y utilizar la filosofía moral normativa para resolver la disputa."⁷³ Según su visión, en la apelación de las condenas por violación o asesinato, la ausencia de teoría moral no es echada de menos.⁷⁴

El enfoque de Dworkin es el opuesto. Parte de una noción interpretativista del Derecho, donde en la tarea central de resolver casos, los jueces tienen en los principios, además de las reglas, un

⁷¹ POSNER, Richard, "Conceptions of legal "theory". A response to Ronald Dworkin", op. cit, p. 381.

⁷² POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1698.

⁷³ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 115.

⁷⁴ POSNER, Richard, *The problematics of moral and legal theory*, op. cit, p. 115.

elemento clave. La cuestión es que los principios, por su estructura, no distinguen entre juridicidad y moralidad. Los principios se convierten así en un *caballo de troya* para la concepción positivista, que parte de la separación conceptual entre Derecho y moral. Según la visión de Dworkin, los principios forman parte de la comunidad y deben ser interpretados de manera coherente con el valor de la integridad en el Derecho, elemento central de su teoría. En una expresión que ha tenido éxito, Dworkin considera que la integridad requiere que los principios de la comunidad sean interpretados de manera coherente de tal forma que el Derecho hable con “una única voz.”⁷⁵ Otros valores relevantes en la visión interpretativa del Derecho son la justicia, la imparcialidad y el debido proceso. Las conclusiones de este enfoque serían que la teoría moral juega un papel muy relevante en la concepción interpretativista del Derecho que busca explicar cómo deciden los jueces en los casos que se les presentan.

Desde este punto de vista, Dworkin parte de justificar la abstracción ya que eso convierte las interpretaciones en constructivas: intentan mostrar la práctica jurídica, como un todo, en su mejor versión, para lograr el equilibrio entre la práctica jurídica y la mejor justificación de esa práctica.⁷⁶ El Derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deben decidir qué es el Derecho interpretando la práctica de otros jueces decidiendo qué es el Derecho.⁷⁷ Dworkin propone una lectura moral de la Constitución basada en principios. Esto implica que la fidelidad a la Constitución y al Derecho *demandan* que los jueces hagan juicios contemporáneos de moralidad política y, por tanto, propicie una exposición abierta de las verdaderas bases del enjuiciamiento, en la esperanza que los jueces construirán sinceros argumentos de principio que permitirán al público unirse al argumento.⁷⁸

La mejor versión de la adjudicación pragmática, que propone Posner, niega que los jueces deban pronunciarse sobre asuntos morales controvertidos y que la Teoría moral sea útil a los jueces para resolver la controversia. La versión de la adjudicación interpretativista, defendida por Dworkin, aboga porque en los casos judiciales, existe una *única respuesta correcta* y considera que la Teoría moral tiene un papel relevante en la interpretación que realizan los jueces, especialmente en los casos difíciles. Así expresados parecen puntos de vistas insalvables, sin embargo, cabe marcar algunos perfiles más sobre cada posición para clarificarlas.

Como suele ocurrir en las polémicas filosóficas, parecería que el principal desacuerdo en este caso es una cuestión de definición. En

⁷⁵ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 218.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 90.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 410.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 37.

concreto, se trataría de delimitar conceptualmente el término Teoría moral y sus implicaciones para la interpretación jurídica. La posición de Dworkin es clara al respecto y sostiene que si a los jueces en la resolución de los casos difíciles, se les presentan problemas morales, utilizar una técnica no moral (como la apelación a la Historia o a la Economía) supondría un error categorial, como aconsejar a alguien que tiene problemas con las matemáticas que use un abrelatas.⁷⁹ Esta visión es coherente con el objetivismo moral, su tesis de la única respuesta correcta y su teoría jurídica del Derecho como integridad. Pero si se cambian un poco las premisas en la línea de Posner y se admite, como premisa metaética, un escepticismo moral pragmático, la fe en la teoría moral se diluye como forma de dar solución a los asuntos moralmente controvertidos.

Pero entonces la cuestión se traslada. Si no es posible establecer con claridad la moralidad, entonces ¿qué decide los casos? La respuesta pragmática es algo ambigua, pero viene a trasladar la idea de que se trata de la política. Es ambiguo porque dentro de la visión pragmática esto supone que los jueces se deben abstener a favor de los legisladores, aunque también considera que los jueces deben decidir determinados casos bajo algunos supuestos. De esta forma, Posner sostiene que “los asuntos morales pueden ser elididos o refundidos como asuntos de interpretación, competencia institucional, política práctica, separación de poderes, *stare decisis* (decisiones de acuerdo con un precedente) o tratados como una razón convincente para la abstención judicial.⁸⁰ Esta separación entre moralidad y política, es criticada por Dworkin, ya que las tesis de Posner sobre “el proceso político o judicial” no serían políticas, sino más bien juicios morales sobre cómo deben distribuirse y ejercerse los poderes del gobierno.⁸¹ Parece que entonces el desacuerdo está en la correcta delimitación de la noción de Teoría moral.

Son interesantes las diferentes versiones que ofrecen Posner y Dworkin de algunos casos de la Corte Suprema norteamericana sobre asuntos morales controvertidos, como el aborto, eutanasia, segregación racial y discriminación positiva. Cada uno interpreta los casos para reafirmar sus tesis. Posner considera que los jueces buscan eludir tomar posición en cuestiones morales y basan sus decisiones en argumentos no morales. Dworkin sostiene que detrás de cada decisión judicial existe una sólida Teoría moral de las que cada caso es una manifestación.

Otra forma de reconducir la polémica en este punto es considerar que ambas posiciones comparten que el juez cuenta con más materiales que los estrictamente jurídicos, como el precedente y las leyes, para decidir un caso difícil. Pero mientras Dworkin enfatiza el papel de los principios, que deben interpretarse conforme a la noción de integridad,

⁷⁹ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 100.

⁸⁰ POSNER, Richard, “The problematics of moral and legal theory”, op. cit, p. 1698.

⁸¹ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 103.

Posner lo hace en las directrices políticas *-policies-*.⁸² Según esta distinción, los principios son estándares que han de ser observados por ser una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Mientras que las directrices políticas *-policies-* son estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado generalmente, una mejora en algún aspecto económico, político y social de la comunidad.⁸³ De esta forma, en un artículo en homenaje a Dworkin, Posner trazaba el que consideraba el mayor desacuerdo entre sus visiones: "la diferencia fundamental entre nosotros es que él cree que existe una cosa como el razonamiento moral y que debe guiar a los jueces y yo, mientras no dudo que exista esa cosa como *moralidad* y que influencia el Derecho, creo que el *razonamiento* moral sólo es un nombre extravagante para la controversia política."⁸⁴

3. Pasado, Presente, Futuro

El peso del pasado, del presente y del futuro en el proceso de elaboración de las decisiones judiciales es objeto de polémica, especialmente desde la perspectiva del pragmatismo jurídico. Es común afirmar que esta posición es consecuencialista o utilitarista, pero Posner realiza una argumentación en contra de esta visión, aunque el futuro es un elemento fundamental para la adjudicación pragmática.

Para clarificar las posiciones sobre esta cuestión, se inicia el panorama con la caracterización que ofrece Dworkin en *Law's Empire* de *Convencionalismo*, *Derecho como integridad* y *Pragmatismo jurídico*. En primer lugar, el *Convencionalismo*: a) Acepta la noción de Derecho y derechos legales; b) Establece que nuestra razón requiere que la fuerza pueda ser utilizada sólo en forma consistente con decisiones políticas pasadas, esto se agota por la predictibilidad y la justicia procesal que este límite aporta; c) Un derecho o una responsabilidad fluyen desde las decisiones pasadas, sólo si son explícitos entre éstas y pueden ser explicitadas a través de métodos o técnicas convencionalmente aceptadas por la profesión jurídica como un todo.⁸⁵

En segundo lugar, el *pragmatismo jurídico*, que Dworkin considera una concepción escéptica del Derecho. Niega que una comunidad asegure algún beneficio genuino requiriendo que las decisiones adjudicativas de los jueces puedan ser comprobadas *-checked-* por ningún supuesto derecho de los litigantes a la consistencia con otras decisiones políticas realizadas en el pasado. Ofrece una diferente interpretación de nuestra práctica legal: que los jueces toman y deben tomar aquellas decisiones que les parezcan las mejores para el futuro

⁸² POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, op. cit, pp. 239.

⁸³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, traducción de Marta Guastavino, p. 72.

⁸⁴ POSNER, Richard, "Tribute to Ronald Dworkin", *NYU Annual Survey of American Law*, núm. 63, 2007-2008, p. (9-14) 10.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 95.

de la comunidad, no contando ninguna forma de consistencia con el pasado como valiosa por sí misma.⁸⁶

En tercer lugar, el *Derecho como integridad*, donde el límite del derecho beneficia a la sociedad no sólo proveyendo una predictabilidad o justicia procesal, o en otra forma instrumental, sino asegurando un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hacen a la comunidad más genuina y mejora su justificación moral para ejercer el poder político. La integridad argumenta que los derechos y responsabilidades fluyen de decisiones pasadas y, por tanto, cuentan como jurídicas, no sólo cuando son explícitas en sus decisiones, sino también cuando se basan de los principios de la moralidad política y personal que las decisiones explícitas presuponen por la forma de justificación.⁸⁷

Las diferencias entre las posiciones parecen evidentes. Mientras para el *convencionalismo* y el *Derecho como integridad* la consistencia con decisiones pasadas es un valor importante, no lo es para el pragmatismo jurídico. La diferencia entre *convencionalismo* y *Derecho como integridad*, sería que para el primero el Derecho es un conjunto de reglas que promulgan los legisladores y aplican los jueces, mientras el segundo incorpora los principios de la moralidad política que considera presupuestos en las explícitas decisiones anteriores. La integridad ordena, más que la consistencia con el Derecho abandonado de un siglo pasado o una generación previa, una consistencia horizontal más que vertical, sobre la gama de estándares jurídicos que la comunidad ahora hace respetar. Insiste que el Derecho comprende no sólo el contenido limitado explícito de las decisiones colectivas del pasado sino también, más en términos generales, el esquema de principios necesarios para justificarlas.⁸⁸

Sin embargo, Posner alega que la caracterización de Dworkin del pragmatismo jurídico no es adecuada. Desde esta perspectiva, propone una formulación alternativa: "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 funcionarios hayan utilizado en el pasado"⁸⁹ 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?" Desde esta perspectiva, Posner afirma que el pragmatismo permanece como un antídoto al formalismo.⁹⁰ Esta posición es descrita por Posner, como el

⁸⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 95.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 96.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit., p. 227.

⁸⁹ POSNER, Richard, "Pragmatic adjudication", *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996-1997, pp.(1-20) 4.

⁹⁰ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, p. 399.

uso de la lógica deductiva para derivar el resultado de una de las premisas aceptadas como autorizadas. El formalismo permite a un comentador pronunciar el resultado de un caso como correcto o incorrecto, en forma similar que la solución de un problema matemático puede pronunciarse como correcto o incorrecto.⁹¹

La adjudicación pragmática está orientada al futuro, es prospectiva, pero también encuentra razones pragmáticas para, en ocasiones, tener en cuenta el pasado. Como sostiene Posner, el pragmático no está desinteresado en decisiones pasadas, en leyes, y demás. Lejos de eso, por una parte, estos son repositorios de conocimiento, incluso a veces de sabiduría, y sería tonto ignorarlos incluso si no tienen significado de autoridad. Por otro lado, una decisión que desestabiliza el Derecho apartándose demasiado abruptamente del precedente, tendría, en balance, malos resultados.⁹²

En este punto es interesante la clasificación que propone Dworkin entre el enfoque "teorizado" y el enfoque "práctico". Según el enfoque "teorizado", el razonamiento jurídico consiste en la utilización de una amplia red de principios jurídicamente derivados o de moral política en la resolución de problemas jurídicos.⁹³ Estarían así caracterizados los enfoques del convencionalismo, formalismo jurídico y también del Derecho como integridad, ya que en este último caso se incluyen los principios de moralidad política. El enfoque "práctico", según Dworkin, sostiene que la decisión judicial es un acontecimiento político y los jueces, los abogados y cualquiera que piense acerca del derecho debería dirigir su atención al problema práctico inmediato planteado por cualquier acontecimiento político. La única pregunta debe ser: "¿cómo podemos mejorar las cosas?"⁹⁴

Si se acepta la descripción de estos puntos de vista como punto de partida, un aspecto polémico, habitualmente asociado al enfoque "práctico", y por ende al pragmatismo jurídico, es si éste es una forma de consecuencialismo, en concreto, una forma de utilitarismo. Curiosamente, Posner niega que la adjudicación pragmática sea consecuencialista, al menos no consistentemente. Él prefiere el criterio de "razonabilidad" al de las "mejores consecuencias" como el criterio para evaluar las decisiones pragmáticamente.⁹⁵ En defensa de su

⁹¹ POSNER, Richard, "Legal formalism, legal realism, and the interpretation of statutes and constitution", *Case Western Reserve Law Review*, núm. 37, vol. 2, 1986-1987, p.(179-217) 181.

⁹² POSNER, Richard, "Pragmatic adjudication", *op. cit*, p. 5.

⁹³ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, *op. cit*, p. 64.

⁹⁴ "Para responder las cuestiones prácticas de forma adecuada se tiene que saber mucho acerca de las consecuencias de las distintas decisiones (y quizá algo de economía para calibrarlas). Pero no se necesitan tomos y tomos de filosofía política." DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, *op. cit*, pp. 64-65.

⁹⁵ El sentido de razonabilidad utilizado por Posner aquí no se relaciona con la visión en Teoría política que le dan Barry, Scalon y otros, sino más bien el significado de

posición, Posner desarrolla varios argumentos, aunque acaba por reconocer que el pragmatismo es una forma de consecuencialismo "truncada"⁹⁶, "indirecta"⁹⁷ o "impura"⁹⁸. Sin embargo, el argumento más interesante que ofrece en este punto se vincula a dos aspectos centrales de su aproximación. En este sentido, Posner parte de considerar que, como guía para la toma de decisiones judiciales, el consecuencialismo ilimitado es inmodesto.⁹⁹ El primer argumento a favor de esta tesis es que afirmar de esta forma el consecuencialismo niega los beneficios de la división de tareas y la contraparte política de esa división, la separación de poderes. El segundo argumento es de particular resonancia a los pragmáticos. Implica algo cercano a la omnisciencia. Ser capaz de determinar qué decisión judicial tendría las mejores consecuencias globalmente, requeriría el tipo de poderes de razonamiento endiosado que los pragmáticos ridiculizan como la ilusión de los platónicos.¹⁰⁰

El argumento sobre la separación de poderes alude al papel de la política y al papel del Derecho en el enfoque del pragmatismo jurídico. Más en concreto, plantea la cuestión de si el juez pragmático debe ser un activista. En este punto, la visión de Posner es marcadamente ambigua. Aunque afirma que la actitud pragmática es activista – progresista, "puede hacer"¹⁰¹-, lo cual está vinculado con el carácter instrumental del pragmatismo, Posner sostiene que es una filosofía de la acción y de mejora, esto no es lo mismo que decir que el juez pragmático sea necesariamente un activista. Un pragmático puede tener buenas razones pragmáticas para pensar que los tribunales deban mantener un perfil bajo.¹⁰² Sin embargo, la argumentación de Posner sobre el papel del juez no siempre va en esta línea. En concreto, alude al *test del vómito*, que propuso Holmes, para justificar cuándo declarar una ley inconstitucional. La interpretación de la metáfora supone para Posner que "sólo nuestros más profundos valores –Holmes "puede ayudar"- viven debajo del pensamiento y proveen garantías para la acción, incluso cuando no podemos dar a esos valores ninguna justificación convincente o racional."¹⁰³ Esta afirmación mostraría las afinidades de su posición con alguna forma de emotivismo, lo que sería coherente con su premisa metaética del escepticismo moral pragmático.

razonabilidad utilizado en Derecho. POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 65.

⁹⁶ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., p. 65.

⁹⁷ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., p. 70.

⁹⁸ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., p. 70.

⁹⁹ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., pp. 70-71.

¹⁰⁰ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., p. 70-71.

¹⁰¹ Posner afirma "rechazando tanto el consejo conservador que aquello que es, es mejor, y el consejo fatalista de que todas las consecuencias son inintencionadas. Los pragmáticos creen en el progreso sin pretender poder definirlo, y cree que puede ser llevado a cabo por la acción humana deliberada" POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit., p. 5

¹⁰² POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit., p. 5.

¹⁰³ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit., p. 192.

Si se reconstruye el enfoque de Posner, se podría afirmar que la Teoría moral no es útil a los jueces para decidir casos judiciales, donde la insistencia de Dworkin por los principios morales se sustituye por el énfasis por las directrices políticas. Otra característica es que los jueces han de intentar evitar tomar partido por cuestiones morales controvertidas. Aquí se produce una alternativa: la primera opción es que el juez debe rechazar intervenir, dejando su resolución al proceso político. Posner explica que la otra, siguiendo a Holmes, es que, de vez en cuando, en un asunto donde la opinión pública está dividida excitará demasiado las emociones morales del juez, el cuál simplemente no podrá soportar *-stomach-* la resolución política que ha sido desafiada sobre bases constitucionales, y sentiría inmoral rechazar el desafío.¹⁰⁴ Esta posición sigue mostrando una versión del emotivismo como guía de la toma de decisiones –o de su abstención– para la función judicial.

Esta vinculación del papel de los jueces con alguna forma de emotivismo, según el pragmatismo jurídico, es criticada por los conservadores, ya que invita al activismo judicial.¹⁰⁵ A este respecto, explica Farber que un tema relacionado, compartido por centristas así como conservadores, es que el pragmatismo es simplemente demasiado abierto¹⁰⁶. Como resultado, las decisiones judiciales pueden convertirse en impredecibles, o, al menos, desacopladas de las fuentes de legitimidad como el precedente y los textos. Estas, que son adecuadamente consideradas algunas de las mayores virtudes del Estado de Derecho, pueden estar en peligro.¹⁰⁷ Esta visión asociaría Estado de Derecho con el formalismo jurídico y se podrían repetir los argumentos en la polémica con el realismo jurídico. Baste mencionar, como caso paradigmático, la era *Lochner* de la Corte Suprema norteamericana, y la interpretación basada en el formalismo jurídico, para invalidar las leyes que defendían políticas intervencionistas del *Welfare State*, con el voto discrepante del Juez Holmes que realizaba una interpretación pragmática. Como es conocido, la Corte Suprema cambió su criterio de interpretación en el caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹⁰⁸, 30 años después del primer caso, *Lochner v. New York*.¹⁰⁹

El segundo argumento mencionado vendría a decir que si el juez es capaz de conocer globalmente las mejores consecuencias de su decisión, estaría próximo a la omnisciencia, que le acercaría más al platonismo que propiamente al pragmatismo. Es relevante que Posner realice esta afirmación porque intenta hacer frente a una crítica frecuente sobre la coherencia de su proyecto intelectual. Como se ha visto, el pragmatismo jurídico se presenta como un antídoto al

¹⁰⁴ POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", op. cit, p. 1708.

¹⁰⁵ FARBER, Daniel, "Reinventing Brandeis: Legal pragmatism for the twenty first century", *University of Illinois Law Review*, vol. 1995, num 1, 1995, p. (163-90) 170.

¹⁰⁶ Es la traducción de *open-ended*.

¹⁰⁷ FARBER, Daniel, "Reinventing Brandeis: Legal pragmatism for the twenty first century", op. cit, p. 170.

¹⁰⁸ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

¹⁰⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

formalismo y, según la crítica, finalmente Posner abraza cierta expresión de formalismo, con su adhesión al *Análisis Económico del Derecho*. Como señala Smith, aunque Posner enfatiza la desconfianza pragmática por las "entidades metafísicas" como "mente", "propósito", "libre albedrío" y "causalidad" parece no sólo cómodo, sino un fanático de los igualmente metafísicos conceptos de "preferencias", o "mercado hipotético" o la concepción económica de "valor". Concluye Smith que "si tuviéramos que nominar candidatos al cargo del más destacado formalista jurídico de nuestra era, Richard Posner bien podría ser el favorito."¹¹⁰

En una caracterización de teorías, descendientes "*top-down*"¹¹¹ y ascendientes "*bottom-up*"¹¹², Posner admite que está asociado con la teoría descendiente, que considera positiva y descriptiva, que sostiene que la *Common Law* está mejor comprendida con la asunción "como si" los jueces buscaran maximizar el bienestar de la sociedad.¹¹³ Esto origina la crítica de Dworkin que afirma que "el en apariencia inocente experimentalismo de Posner acaba en el consecuencialismo utilitarista, uno de los absolutismo más ambiciosos y tecnocráticos que se les haya ocurrido nunca a los filósofos."¹¹⁴ Pero si esto es así, es cierto que Posner no es un antiteórico y sí un antidworkiniano.

Por otro lado, la visión interpretativista del *Derecho como integridad* sería consecuencialista, más que deontológica, ya que cada argumento jurídico interpretativo pretende asegurar un estado de cosas que es superior a las alternativas, de acuerdo con los principios insertos en nuestra práctica.¹¹⁵ Sin embargo, si consecuencialista significa utilitarista, el *Derecho como integridad* se basa en argumentos de igualdad y justicia, que no son utilitaristas ni en su espíritu ni en sus efectos.¹¹⁶ Según Dworkin, se consideran ineludibles las cuestiones sobre principios morales que subyacen tras las decisiones judiciales y

¹¹⁰ SMITH, Steven D., "The pursuit of Pragmatism", *Yale Law Journal*, núm. 100, 1990-1991, p. (409-449) 426.

¹¹¹ Posner sostiene que "en el razonamiento descendiente "*top down*", el juez u otro analista jurídico inventa o adopta una teoría sobre un área del derecho -quizá sobre todo el derecho- y la utiliza para organizar, criticar, aceptar o rechazar, explicar o explicar de nuevo, distinguir o amplificar los casos decididos para hacerlos confirmar a la teoría y generar un resultado en cada nuevo caso que se presente como ser consistente con la teoría y con los casos aceptados como autoridades en la teoría. La teoría necesita no ser, quizá nunca pueda ser, extraída "del" derecho, seguramente no necesita ser articulada en la jerga de los abogados." POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit., p. 172.

¹¹² Posner afirma que "el razonamiento ascendente "*bottom-up*", que incluye la técnica familiar a los abogados de los "razonamientos por analogía" e interpretación de acuerdo con el "significado común", uno empieza con las palabras de una ley u otras promulgaciones, o con un caso o un conjunto de casos, y se mueve de allí -pero no se mueve muy lejos-. El que utiliza el razonamiento descendente y el razonamiento ascendente no se encuentran" POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit, p. 172.

¹¹³ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit, p. 172-173.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 87.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit., p. 75-76.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 76.

reducir el debate a un análisis coste/beneficio no es una forma razonable de eludirlo. Desde esta perspectiva, Dworkin afirma que el pragmatismo es una postura vacía que no llega a nada porque la prueba que propone (¿son buenas las consecuencias?) divide a las personas precisamente *porque* discrepan sobre las mejores respuestas a las preguntas que el mismo pragmatismo intenta evitar.¹¹⁷

4. ¿Es Dworkin un pragmático?

Después de haber contrastado las visiones de la polémica *Dworkin v. Posner*, pudiera sorprender plantear la tesis de si Dworkin es finalmente un pragmático. Sin embargo, son varios los autores que apuntan en esta dirección. Por ejemplo, Grey propone una clasificación para el pragmatismo (o antiformalismo) en el pensamiento jurídico actual donde se presentan las visiones de la *jurisprudencia*¹¹⁸ basada en política y de los *pragmáticos orientados a derechos*. La *jurisprudencia basada en política* trata al Derecho como un medio para fines sociales, el cumplimiento y acomodación de intereses de aquellos que el Derecho es llamado a servir. Los intereses dan lugar a políticas, que están ponderadas con otras en la formulación de principios, criterios y reglas jurídicos. Como autor representativo se propone a Posner.¹¹⁹ Los *pragmáticos orientados a derechos* difieren de los juristas basados en política en realizar distinciones cualitativas entre intereses y derechos, entre políticas y principios, dando prioridad evaluativa a los derechos y principios. Ellos toman los derechos más o menos seriamente, considerándolos triunfos, sosteniendo que los tribunales son foros peculiares de principio.¹²⁰ Como autor representativo, Grey menciona a Dworkin pero añade "no es el lugar para defender la etiqueta de Dworkin como pragmático, cuando él ha declinado el honor con alguna vehemencia".¹²¹

La caracterización amplia que realiza Atienza del pragmatismo jurídico,¹²² permite incluir a Holmes, al realismo jurídico en general, a

¹¹⁷ DWORKIN; Ronald, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", op. cit, p. 29.

¹¹⁸ *Jurisprudence* también se puede traducir por Filosofía del Derecho.

¹¹⁹ GREY, Thomas C., "Judicial review and legal pragmatism", *Wake Forest Law Review*, núm. 38, 2003, p. (473-511) 479.

¹²⁰ GREY, Thomas C., "Judicial review and legal pragmatism", op. cit, p. 480.

¹²¹ Grey añade "algunos lo verían como un formalista moderno, que cree que todos los casos tienen respuestas correctas" GREY, Thomas C., "Judicial review and legal pragmatism", op. cit, p. 480, nota a pie 24.

¹²² El pragmatismo en relación con el Derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes: 1) La necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto; 2) El tener en cuenta (si se quiere una consecuencia de lo anterior) que las teorías, o las doctrinas, se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio; 3) El rechazo de una concepción demasiado abstracta del Derecho; no significa que se esté en contra de los concepto y de las teorías, sino que unos y otras deben estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado; 4) Una visión instrumental y finalista del Derecho; el Derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención

las teorías críticas del Derecho, al movimiento del análisis económico del Derecho y a Dworkin¹²³. Pero quizá quien ha tratado con más detalle la cuestión es Smith que sostiene la sugerente tesis de que “más que estar *en oposición* al pragmatismo, el Derecho como integridad puede ser subsumido en el pragmatismo.”¹²⁴

Para sostener su posición, Smith disecciona varios argumentos sobre la teoría interpretativista de Dworkin. En primer lugar, considera incoherente la crítica dworkiniana sobre la noción pragmática de los derechos como construcciones “como si” para promover el bien público. Desde esta perspectiva, Smith afirma que Dworkin es fuertemente reacio al pensamiento “como si”; no obstante, este pensamiento permea su propia teoría del Derecho como integridad. El Derecho, argumenta, debería ser considerado “como si” fuera la obra de un solo autor y “como si” reflejara una única coherente visión de la justicia. La comunidad política debe ser considerada “como si” fuera una persona.¹²⁵

En segundo lugar, Smith critica la noción de *novela en cadena* y el énfasis en la coherencia con el pasado.¹²⁶ La analogía de Dworkin no tiene éxito en mostrar incluso que los autores de una novela en cadena tienen alguna obligación de respetar el pasado “por sí mismo”. El novelista en cadena mantendrá la continuidad porque está escribiendo para los *futuros* lectores que leerán el libro *como un todo* y no estarán de acuerdo si el libro es incoherente. La continuidad con el pasado es deseable sólo si promueve el futuro bien y, si la continuidad deja de servir a ese bien futuro, entonces el valor de la continuidad desaparecerá.¹²⁷ Concluye Smith que “Dworkin no provee razones persuasivas que muestren que el derecho debe considerar el pasado como “valioso por sí mismo”. El fallo de sus argumentos en este asunto

de fines sociales; por lo que no tiene por qué excluir que exista también algo así como “fines internos” propios del Derecho; 5) La vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres; 6) El énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro; eso tampoco excluye que se tome en consideración el pasado, pero sí que éste se valore por sí mismo, y no por su contribución a la obtención de ciertos resultados futuros; 7) La idea de que la verdad (al menos en el terreno de la práctica) no consisten en la correspondencia de los enunciados con el mundo, sino en que esos enunciados, resulten útiles, y de ahí la importancia del diálogo y del consenso como criterio de justificación; 8) La importancia de la práctica como medio de conocimiento: se aprende a argumentar, argumentando, etc. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 57.

¹²³ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, op cit., p. 57.

¹²⁴ SMITH, Steven D., “The pursuit of Pragmatism”, *Yale Law Journal*, núm. 100, 1990-1991, p. (409-449) 418.

¹²⁵ SMITH, Steven D., “The pursuit of Pragmatism”, op. cit, p. 415.

¹²⁶ Smith afirma que “en esencia, Dworkin ha simplemente seleccionado una actividad (escribir novelas) en que la unidad integral es asumida a ser un criterio critico aceptado, y entonces transfiere el mismo criterio evaluativo a una actividad diferente (Derecho) en que la deseabilidad de la unidad integral está en cuestión. Pero este movimiento meramente olvida la cuestión: ¿es este tipo de unidad deseable en derecho?” SMITH, Steven D., “The pursuit of Pragmatism”, op. cit., p. 417.

¹²⁷ SMITH, Steven D., “The pursuit of Pragmatism”, op. cit, p. 418.

convierte en tentador interpretar su libro como un ejercicio de velado pragmatismo".¹²⁸

Pero ¿es Dworkin un pragmático? En ocasiones, parece marcar distancias con esta visión, sin embargo, éstas pueden diluirse según qué aproximaciones se hagan a su teoría. Y sino es un pragmático, ¿es un formalista? Para intentar clarificar el panorama sobre esta cuestión, en las siguientes líneas se reconstruirán las posiciones de Posner y Dworkin, según las características que propone Iglesias Vila para sintetizar las tesis del *Derecho como integridad*.¹²⁹ De esta forma, se mostrará la distancia del pragmatismo jurídico oficial frente a las hipótesis de Dworkin como pragmático o como formalista.

a) *El Derecho es un fenómeno básicamente interpretativo. Así, conocer el Derecho es poder ofrecer la mejor versión de los datos preinterpretativos de la práctica jurídica*

La réplica pragmática de Posner, parece clara "ya no existe un sentido útil en que el Derecho es interpretativo. La esencia de la realización de una decisión interpretativa es considerar las consecuencias de las decisiones alternativas. No existen interpretaciones "lógicamente" correctas; la interpretación no es un proceso lógico."¹³⁰ Este enfoque es una apuesta contra el formalismo jurídico. El enfoque del pragmatismo jurídico no busca deducir lógicamente de una red o sistema de conceptos o fuentes legales autorizadas la solución correcta de los casos, como si fuera la aplicación de un silogismo. Este enfoque pragmático pone el acento en el presente y el futuro, más que en la estricta coherencia con las decisiones del pasado, aunque ésta puede ser, en ocasiones, instrumentalmente útil.

De esta forma, la decisión judicial tiene vinculación con la política, con los intereses en juego, con las consecuencias, por todo ello se ha etiquetado esta visión como *jurisprudencia basada en política*. La crítica que puede tener esta posición es que si no se desarrollan algunas herramientas alternativas, el recelo por la Teoría moral y la preferencia por las Ciencias experimentales, de forma paradigmática la Economía, pueden convertir el prisma pragmático en un nuevo formalismo economicista. La lógica del Derecho sería sustituida, de esta forma, por la lógica de la Economía. Esto pondría en duda la principal tesis del pragmatismo jurídico que se autodefine como una visión antiformalista. Obviamente, cabe mantener las tesis del pragmatismo jurídico sin afirmar una ciega adhesión al Análisis Económico del

¹²⁸ SMITH, Steven D., "The pursuit of Pragmatism", op. cit, p. 419.

¹²⁹ En cursiva aparecen las características que señala Iglesias Vila. Y, a continuación, mis comentarios. IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 251.

¹³⁰ POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, op. cit, pp. 459-460.

Derecho o, más bien, matizando su potencial explicativo en casos controvertidos.

Desde la concepción de Dworkin es particularmente explícita su voluntad de distinguirse del positivismo jurídico, del convencionalismo y del pragmatismo jurídico. También ha sido explícito su rechazo a una versión del formalismo jurídico, de cierta popularidad en la teoría constitucional norteamericana, como es el *originalismo*, que entre otros defiende Bork.¹³¹ En este contexto, cabe plantear dos hipótesis de trabajo: Dworkin es un formalista o bien, Dworkin es un pragmático. La primera hipótesis concebiría el *Derecho como integridad*, finalmente, como una versión elaborada de la interpretación jurídica que, aunque añade elementos novedosos, acaba por convertir la función de los jueces en una especie de deducción lógica. La segunda hipótesis sostendría que una adecuada interpretación de los principios, insertos en la comunidad, y una noción *realista* de integridad permiten a la teoría interpretativista dworkiniana más elasticidad y dinamismo que las versiones formalistas, que cabría considerar con alguna sintonía con el pragmatismo jurídico. En concreto, el enunciado de este apartado alude a la intención de Dworkin de ofrecer la mejor versión de la práctica jurídica.

b) *Los enunciados acerca del Derecho son teóricos-dependientes. No tiene sentido apelar a ninguna realidad jurídica con la que confrontar estos enunciados. La verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas tampoco depende de la existencia de una convención social.*

La réplica pragmática en este punto tiene varios frentes. Posner se ve a sí mismo como un antimetafísico, pero no como un antiteórico. Lo que sí está es abiertamente en contra de la Teoría moral, producto elaborado por el moralismo académico. Niega la utilidad de este tipo de teoría en el día a día de las decisiones judiciales, incluso en los casos controvertidos de la Corte Suprema. Posner niega que exista algo así como el "razonamiento jurídico". Desde su perspectiva, los abogados y los jueces contestan las cuestiones jurídicas a través del uso de la lógica simple y de los varios métodos del razonamiento práctico que los pensadores de cada día usan.¹³² En segundo lugar, respecto al papel de las convenciones sociales, está claro que el enfoque pragmático responde al principio que subyace tras las palabras del Juez Holmes "el Derecho no es lógica, es experiencia". Si algo es definitorio de la actitud pragmática es el instrumentalismo respecto a la teoría, que puede sintetizarse en que la visión de la corrección de una posición depende de si "funciona". Esto supone una innovadora visión de las relaciones entre teoría y práctica y también entre Derecho y Sociedad. Aunque Posner pudiera pensar que los enunciados del Derecho son parcialmente teórico-dependientes, naturalmente no estaría pensando

¹³¹ DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, op. cit, pp. 276-305.

¹³² POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, op cit., pp. 459-460.

en la Teoría moral, y debería añadir que también son de forma preferente práctico-dependientes.

Desde el *Derecho como integridad*, este enunciado busca distanciarse del positivismo jurídico, en concreto, la *tesis de las fuentes sociales* del Derecho. Este enunciado estaría de acuerdo con la hipótesis del Dworkin formalista. Existe una teoría, el Derecho como integridad, que da cuenta de cómo funciona el Derecho, que es un sistema coherente de reglas y principios entorno a la noción de integridad. La hipótesis del Dworkin pragmático lo tiene más difícil en este punto, pero buscaría interpretar conjuntamente el enunciado a) y el enunciado b), de forma que los enunciados acerca del Derecho son teórico-dependientes mientras esta teoría busca dar la mejor interpretación para la práctica jurídica. El Derecho no sería un conjunto de principios inmutables, sino que evolucionaría según las circunstancias.

c) *Una proposición acerca del Derecho es verdadera si se ajusta o es coherente con el conjunto de proposiciones que ofrecen la mejor versión de la práctica.*

Este enunciado, con algunos matices, podría ser suscrito por un pragmático. Desde esta perspectiva, Posner afirma que el pragmatismo jurídico es empírico. Por tanto, no es hostil a toda teoría. De hecho, es más favorable a algunas formas de teoría distintas del formalismo jurídico, esto es, teorías que guían la investigación empírica. El pragmatismo jurídico es hostil a la idea de usar Teoría política y moral abstracta para guiar el proceso de decisión judicial¹³³. Los celos del pragmático estarían en las implicaciones de la noción de coherencia, con respecto de la sobrevaloración de los precedentes, en vez de buscar las mejores consecuencias para el presente y el futuro. También sería reacio a considerar teorías globalizadoras –que apelen al conjunto de proposiciones- sobre la práctica.

Este enunciado parece dar la razón a la hipótesis del Dworkin pragmático sobre la del Dworkin formalista. Parece un enunciado dirigido a desmarcarse de la visión del formalismo jurídico, conocida como originalismo. Por tanto, no se trataría de encontrar la intención original de los ratificantes del documento, sino más bien dar una versión de la práctica jurídica. En este sentido, Dworkin propone una lectura moral de la Constitución, que no sólo tiene que ver con las leyes y casos explícitos de la Corte, sino también con los principios morales implícitos en la práctica constitucional. Desde esta perspectiva, el *Derecho como integridad* propone una lectura abstracta de la Constitución basada en principios morales, que puede adaptarse a nuevas circunstancias no previstas inicialmente. Esta versión adaptativa de la práctica jurídica se acerca más al enfoque pragmático, que a una deducción lógica formalista. Del sentido que se atribuya a la

¹³³ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit, pp. 59-60.

noción de integridad y de la interpretación de la verdad como coherencia, podría darse una versión formalista y una pragmática, dependiendo del papel de las decisiones pasadas y del dinamismo de los principios morales ante nuevas circunstancias.

d) *La mejor versión es aquella explicación-justificación de los datos preinterpretativos que consigue el máximo equilibrio entre los valores de justicia, equidad y legalidad, es decir, que satisface el valor jurídico de la integridad en su dimensión formal y justificatoria.*

El pragmatismo jurídico critica la apelación a los grandes conceptos jurídicos. En este sentido, Posner afirma que “el Derecho es una actividad, más que un concepto o un grupo de conceptos. Ningún límite puede ser fijado *a priori* en lo que se puede permitir para contar como un argumento en Derecho.”¹³⁴ Desde esta perspectiva, la retórica juega un papel en el Derecho y se utilizan conceptos como imparcialidad, igualdad, libertad y justicia que pueden ser infinitamente maleables y que tienden a ser etiquetas de convicciones basadas en impresiones y emoción.¹³⁵ Esta visión respalda una vez más la crítica a la Teoría moral como útil en la elaboración de decisiones judiciales. Otro aspecto que criticaría el pragmatismo jurídico serían determinadas interpretaciones de la coherencia, implícitas en la noción de integridad. Desde este punto de vista, Posner sostiene que el pragmatismo jurídico es prospectivo *-forward-looking-*, considerando la adhesión a decisiones pasadas como una necesidad (cualificada) más que un deber ético.¹³⁶ Esta visión alude a las diferentes visiones que el peso del pasado, presente y futuro tienen en el pragmatismo jurídico y otras concepciones. Como se ha visto, puede haber ocasiones en que sea instrumentalmente valioso tener en cuenta los precedentes, pero no necesariamente. Se cuenta con otros elementos para la toma de decisiones, especialmente las consecuencias previsibles y la apelación a la política.

Este enunciado parece que se adapta mejor a la hipótesis del Dworkin formalista que a la del Dworkin pragmático. El Derecho como integridad es una teoría de cómo funciona el Derecho, que parte del equilibrio de tres valores principales -justicia, equidad y legalidad- que están en coherencia con el valor central de la integridad. Este enunciado invocaría la perspectiva de la *verdad como coherencia* de la teoría de la interpretación dworkiniana. La insistencia en este criterio podría devenir en una versión del formalismo. Sin embargo, parece que no está del todo claro que esa sea una adecuada visión sobre Dworkin. De esta forma, Iglesias Vila sostiene que la coherencia no implica completitud. La integridad no es un metacriterio que pueda disolver los conflictos irreductibles entre estos tres valores. El modelo de la integridad no puede superar el problema de la inconmensurabilidad

¹³⁴ POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, op. cit, pp. 459-460.

¹³⁵ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit, pp. 67.

¹³⁶ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit, pp. 59-60.

entre interpretaciones y el del empate o igualdad en cuanto a sus méritos.¹³⁷ La hipótesis del Dworkin pragmático debería sostener como, en última instancia, la noción de integridad y el equilibrio entre estos valores principales del Derecho dependen del contexto. Es decir, que la teoría de la interpretación dworkiniana asume el *giro pragmático* del 2º Wittgenstein. Esto explica porqué la noción de comunidad es central en este enfoque y también se relaciona con lo que se denomina *interpretación constructiva*. El Derecho como actividad interpretativa, supondría que el sistema jurídico está más allá de la mera deducción de conceptos *a priori*.

e) *En los casos fáciles, la conclusión del intérprete acerca del contenido del Derecho, no resultará controvertida. Estos casos son fáciles porque la mayoría de los participantes los percibe como ejemplos evidentes del contenido de la práctica jurídica.*

Desde la perspectiva pragmática, este enunciado parecería adecuado. Se podría poner alguna dificultad al hecho de que se considerara que existen casos denominados "fáciles" allá donde la Teoría moral ofrece una respuesta generalmente indiscutida. Es decir, donde funcionaría una deducción lógica de principios que resultase en una respuesta correcta. Desde esta perspectiva, Posner sostiene que "el pragmatismo jurídico no es sólo un término elaborado para la adjudicación *ad hoc*; comporta una consideración de consecuencias sistémicas y no sólo específicas del caso. Sólo en excepcionales circunstancias, no obstante, el juez pragmático dará peso controlado a las consecuencias sistémicas, como el formalismo jurídico hace; esto es, sólo en raras ocasiones el formalismo jurídico será una estrategia pragmática. Y algunas veces, las circunstancias específicas del caso dominarán completamente el proceso decisional."¹³⁸ Aunque no suele utilizar la expresión, puede haber *casos fáciles* para la visión de Posner, pero quizá no será en el mismo sentido de encaje aproblemático con la Teoría moral, que Dworkin denomina Derecho como integridad.

La hipótesis del Dworkin formalista podría afirmar que existen casos fáciles porque existe un consenso general en que la solución propuesta se deduce de los principios de su teoría. Es un caso no controvertido de aplicación de reglas y principios. La hipótesis del Dworkin pragmático afirmaría que lo que convierte a los casos en fáciles es que son ejemplos evidentes del contenido de la práctica jurídica.

f) *En los casos difíciles, en cambio, las conclusiones interpretativas son controvertidas. En estos supuestos hay diferentes concepciones en pugna respecto del contenido del Derecho.*

Desde la perspectiva pragmática, en la resolución de los casos moralmente controvertidos se produce que, primero, los jueces no

¹³⁷ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 157.

¹³⁸ POSNER, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit, pp. 59-60.

utilizan de hecho la Teoría moral, producto del moralismo académico, para resolver los casos y, segundo, los jueces no deben tomar partido por una parte del debate. Según esta explicación, asuntos como el aborto, eutanasia, segregación racial, discriminación positiva, son decididos por la Corte Suprema por determinados criterios de compromiso no morales. Esto, en ocasiones, supone delimitar el campo del Derecho y de la política y que los jueces deben ceder protagonismo. Sin embargo, en la estela del Juez Holmes, Posner defiende que, en determinados casos, los jueces deben actuar según su propia iniciativa, desde una visión prospectiva.

Con la objeción de, *aguijón semántico*, Dworkin critica las teorías semánticas del Derecho, paradigmáticamente el positivismo de Hart, donde no se da cuenta adecuadamente de los desacuerdos teóricos sobre el Derecho ya que, establecidos ciertos criterios específicos para dar el significado a la palabra "Derecho", cualquiera que los rechace o los desafíe estaría hablando en un "sinsentido autocontradictorio".¹³⁹ No podrían ser consideradas disputas genuinas, sino un ejemplo de "pseudodisputa verbal". Como explica Bonorino, quienes discuten, o bien están hablando idiomas diferentes o bien uno de los dos no puede ser considerado un hablante competente del lenguaje en el que se desarrolla la disputa.¹⁴⁰ En cambio, Dworkin considera que su libro *Law's Empire* tiene como objetivo tratar de los desacuerdos teóricos en el Derecho.¹⁴¹ Para ello, propone una noción de *interpretación constructiva*, que trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para convertirla en el mejor ejemplo posible de la forma o género al que pertenece.¹⁴² Con un paralelo con la interpretación artística, Dworkin defiende una versión de la objetividad interna, que rechaza la existencia de restricciones externas a los agentes que interpretan, y la asunción de que, dentro del esquema conceptual, cabe encontrar restricciones objetivas a los juicios que derivan de esos esquemas.¹⁴³ De esta forma se separa una noción de objetividad externa,¹⁴⁴ y su posición se puede aproximar a una forma de holismo epistémico, según Quine, o coherentismo epistémico, según Davidson. Dworkin, para explicar los desacuerdos en la interpretación, propone la distinción entre concepto y concepciones donde el primero tiene un nivel de abstracción mayor y no es controvertido, mientras las concepciones presentan posiciones controvertidas y rivales a un nivel más específico.¹⁴⁵ Pero, pese a que haya desacuerdos en la interpretación, el *Derecho como integridad* debe

¹³⁹ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 31.

¹⁴⁰ BONORINO, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, op. cit, p. 51.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 11.

¹⁴² DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 52.

¹⁴³ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 175.

¹⁴⁴ Dworkin afirma que "Nosotros no decimos que la interpretación es como la física o que los valores están "allí fuera" o pueden ser probados" DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 83.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 71.

proveer una única respuesta correcta para los casos difíciles. Este es uno de los puntos más polémicos de la propuesta dworkiniana.

g) *Los casos difíciles no generan ausencia de respuesta correcta en la medida en que el agente interpretativo pueda estructurar de forma coherente sus convicciones jurídicas y obtener, de este modo, una conclusión acerca de lo que el Derecho exige en cada caso particular.*¹⁴⁶

El pragmatismo jurídico no comparte la dinámica de concebir que para los casos difíciles existe una Teoría que ofrece una única respuesta correcta. El proceso de decisión se vincula con un enfoque instrumentalista orientado al futuro. Desde este punto de vista, para un pragmático, el significado de dos proposiciones que tengan las mismas consecuencias es el mismo. El lema pragmático es “aquello que funciona”. Los jueces deben basarse, en ocasiones, porque es instrumentalmente valioso, en decisiones judiciales anteriores y, en otras ocasiones, la mayoría, en directrices políticas, que se conciben como estándares que implican el incremento de algún bien público. Una determinada reconstrucción de la adjudicación pragmática caracterizaría uno de sus objetivos como el aumento del bienestar de la sociedad. De lo que estaría alejado el pragmatismo jurídico es en concebir que la Teoría moral sirva para decidir los casos judiciales y provea una única respuesta correcta. Partiendo de sus asunciones metaéticas y epistemológicas, la visión pragmática considera que nociones como objetividad están en entredicho. Desde esta perspectiva, Posner sostiene que los casos jurídicos *difíciles* pueden pocas veces ser decididos objetivamente, si objetividad significa algo más que razonabilidad.¹⁴⁷

Cabe reconocer que Dworkin tiene habilidad en proponer empresas teóricas ambiciosas o, al menos, difíciles. Es casi paradójico que su teoría pretenda dar cuenta de cómo las personas suelen tener desacuerdos al solucionar los casos difíciles y, al mismo tiempo, considera que su teoría proporciona una única respuesta correcta para estos casos. Precisamente, su crítica al positivismo es que no explica bien cómo las personas tienen desacuerdos sobre el Derecho, convirtiéndolos en meras “pseudodisputas verbales”. La clave está en los límites que para la interpretación impone la objetividad interna, lo que le aproxima a alguna forma de holismo. Pero, entonces, la noción de verdad que utiliza Dworkin, como coherencia entre los conceptos de su teoría, especialmente su noción de integridad, o como criterios internos dentro de su propio esquema conceptual es, en cierta forma, más débil que una noción de verdad como correspondencia con una realidad externa o con criterios externos al esquema conceptual. La noción de objetividad que manejaría Dworkin y su tesis de la única respuesta correcta serían, finalmente, internas a su versión de la práctica jurídica. Este punto es interesante porque Dworkin insiste, en

¹⁴⁶ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 251.

¹⁴⁷ POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, op. cit, pp. 459-460.

diversas ocasiones, en la especificidad de la función judicial y del ámbito del Derecho para proveer respuestas justificadas. De forma relacionada, se puede sostener que es la noción de Derecho como actividad interpretativa la que implica límites internos objetivos, que tienen como resultado interpretativo final una única respuesta correcta para los casos judiciales. Según su perspectiva, se debería distinguir, desde la polémica Dworkin-Fish, entre interpretación y creación, pese a que no existen criterios externos a la práctica para corroborar las diversas proposiciones. La noción de interpretación de esta manera implica límites y criterios, que conforman una noción de objetividad interna.

Las críticas de Dworkin al escepticismo interno, que sostendría que no se puede saber si una respuesta es más correcta que otra, se basan en una *paradoja de la autoreferencia*. Esta partiría de que considerar controvertida la corrección de las respuestas es, en sí misma, una respuesta moral y, como tal, requiere una justificación tan controvertida como el objeto de su crítica. Es una estrategia de “defensa negativa”, en términos de Bonorino. Esta estrategia puede conseguir su objetivo de desacreditar los argumentos de las posiciones opuestas pero, en puridad, no comporta necesariamente la corrección de la posición que se defiende. En este sentido, el optimismo dworkiniano sobre la única respuesta correcta podría ser puesto en cuestión desde las premisas de su teoría interpretativa. Como advierte Iglesias Vila, en los casos de empate o inconmensurabilidad entre diferentes alternativas, el agente no puede fundamentar su decisión sobre la base de la mejor teoría porque es, precisamente, la mejor teoría la que le conduce a la conclusión del empate o la inconmensurabilidad.¹⁴⁸ En este caso, la mejor versión de la teoría supondría que el Derecho está indeterminado.

La respuesta de Dworkin sería que la especificidad del ámbito del Derecho, donde los jueces deben tomar decisiones y justificarlas, implica “hábitos de pensamiento en un nivel profundo” que llevan a suponer que una de las partes tiene razón y la otra se equivoca. Los argumentos del empate o la inconmensurabilidad, que sostienen que ni (p) (El acusado es responsable del daño económico) ni (-p) (El acusado no es responsable del daño económico) sean verdaderas, aunque ninguna de las dos es falsa, no parecen coherentes dentro de la empresa jurídica. Desde este punto de vista, Dworkin sostiene que el “mito” de que en un caso difícil hay una única respuesta correcta es tan recalitrante como afortunado.¹⁴⁹

Queda por dilucidar si la tesis de la única respuesta correcta tiene más cercanía con la hipótesis del Dworkin formalista o la del Dworkin pragmático. Una aproximación apresurada parecería inclinar la cuestión en concebir que la propuesta dworkiniana se basa, en

¹⁴⁸ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 279.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit, pp. 409-411.

última instancia, en un entramado de conceptos, complejo y jerarquizado, sobre el que opera la actividad interpretativa de los jueces que tiene como resultado la deducción de una única respuesta correcta para los casos que se presentan. Esta somera descripción parecería aproximarse a alguna forma de formalismo jurídico. Sin embargo, también cabe una interpretación pragmática de la única respuesta correcta. Aunque a veces parece no querer admitirlo, existe un componente contextual en su aproximación interpretativista de la práctica jurídica. Su noción de objetividad interna implica que no existen criterios externos a la práctica para validar las diferentes proposiciones –argumento contra el escepticismo externo- y, al mismo tiempo, la práctica jurídica incorpora una gama de criterios internos que permiten determinar que una respuesta es mejor que otra –argumento contra el escepticismo interno-. Esta visión parte de la peculiaridad de la actividad interpretativa, en contraposición a la creación, donde para establecer la versión de la práctica jurídica en su mejor luz existen unos límites. Estos criterios internos de la práctica jurídica son compartidos por aquellos que están en el mismo *juego de lenguaje*. El corolario de la noción de objetividad interna es la tesis de la única respuesta correcta. Algo que incluso estaría implícito en las dimensiones de la empresa jurídica.

Una perspectiva interesante para añadir a la hipótesis del Dworkin pragmático tendría el apoyo del desarrollo de la noción del *interpretativismo político* que propone Iglesias Vila¹⁵⁰. En primer lugar, es preciso delimitar otra posición como el *interpretativismo humanista*, donde se percibe el Derecho como instrumento, ya sea directo o indirecto, de justicia global. El iusnaturalismo se acercaría a esta visión, ya que presenta una doctrina general, porque no limita el objeto de la justicia a los arreglos institucionales internos a una sociedad, y es una doctrina comprehensiva ya que incluye valores morales que no son políticos. En el *interpretativismo político*, en cambio, el propósito justificatorio de la práctica se vincula a los valores políticos, estándares morales que organizan un esquema equitativo de cooperación entre iguales dentro del proyecto colectivo de una comunidad. No se trata de una doctrina general o comprehensiva, sino de una concepción política de la justicia. Los estándares de justicia política adquieren fuerza justificatoria debido a la relación política –la relación de los miembros de una comunidad política- y su alcance justificatorio se circunscribe a esa relación.¹⁵¹ La propuesta de Iglesias Vila es que este *interpretativismo político* debería buscar un fundamento más atractivo y convincente de los valores políticos que, según la propuesta dworkiniana, son los lazos afectivos entre los miembros de la

¹⁵⁰ IGLESIAS VILA, Marisa, "De la justicia como equidad al Derecho como equidad", en *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*, Actas de XII Seminario Italo-español de Teoría del Derecho, Ediciones Universidad de Salamanca, Aquilafuente, 2006, pp. 13-38.

¹⁵¹ IGLESIAS VILA, Marisa, "De la justicia como equidad al Derecho como equidad", op. cit, pp 22-26.

comunidad fraternal. En este sentido, propone aplicar a este respecto la concepción política de la *justicia como equidad*, que es la teoría de Rawls, donde, entre otras cuestiones, se exige que la práctica social se rija por principios que los participantes puedan proponerse unos a otros, para su mutua aceptación, como estándares razonables de organización cooperativa.¹⁵²

La hipótesis del Dworkin pragmático tendría en la noción de *interpretativismo político* una nueva línea de argumentación que debería ser explorada, ya que se perfilarían menos diferencias sustantivas con el pragmatismo jurídico. La justificación de la práctica se vincula exclusivamente con valores políticos, que afirman una concepción política de la justicia, que no es una doctrina general ni comprehensiva. Aunque se mantiene en parte, la diferencia entre principios morales y directrices políticas pierde su fuerza ya que los primeros deberían circunscribirse al ámbito político. Se puede sostener que Rawls afirma unos principios de justicia que podrían aplicarse, pero es difícil ver cómo los jueces puedan utilizarlos efectivamente en los casos de eutanasia, aborto, lenguaje del odio y otros casos controvertidos¹⁵³. El Dworkin pragmático sostendría un *interpretativismo político*, que se basa en una concepción política de la justicia, ésta puede ser más robusta que la de Rawls, pero sin caer en el *interpretativismo humanista*, sin ser una doctrina comprehensiva. Desde esta perspectiva, la distinción entre *jurisprudencia de política* -Posner- y *pragmáticos orientados a derechos* -Dworkin- sería adecuada para señalar los matices entre ambas posiciones, que no se verían necesariamente como diferencias irreconciliables.

Este punto atiende a uno de los enfoques característicos de Dworkin donde los derechos se conciben como *triunfos* frente a la mayoría, marcando una perspectiva claramente antiutilitarista. Sin embargo, es difícil trazar los perfiles tan nítidos, en especial en la interpretación de asuntos de reconocida importancia social. Desde esta perspectiva, Nino apunta que "los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática."¹⁵⁴ Según esta visión, los jueces no sólo deberían basarse en principios, como parece sostener Dworkin, sino también en directrices políticas -*policies*- cuando hayan sido aprobadas por las cámaras legislativas o el gobierno donde cuenten con legitimidad democrática. Lo cual apunta a una cuestión polémica asociada, como es la naturaleza jurídica de los derechos sociales. En este sentido, se

¹⁵² IGLESIAS VILA, Marisa, "De la justicia como equidad al Derecho como equidad", op. cit, pp 34-36.

¹⁵³ Es el conocido argumento de la abstracción y formalismo de los principios de la justicia como imparcialidad según Rawls. Para ampliar sobre esta crítica de la perspectiva rawlsiana. Vid. PEREZ DE LA FUENTE, Oscar, *La polémica liberal comunitarista. Paisajes después de la batalla*, Dykinson, Madrid, 2005.

¹⁵⁴ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 436.

pregunta Prieto Sanchís "¿Existe, en verdad, el abismo lógico que Dworkin sugiere entre derechos humanos y objetivos sociales de bienestar? Como sabemos, nuestro autor parte del antagonismo entre los principios de libertad y utilidad, pero seguidamente prolonga en una nueva tensión entre derechos individuales y "derechos" sociales. Para Dworkin las condiciones materiales de existencia no parecen hallarse implicadas en la realización del valor libertad."¹⁵⁵ Esta última cuestión sobre los derechos sociales merece más desarrollo en otro lugar. Sí vale la pena volver a incidir en la idea de que la visión dworkiniana que contrapone derechos individuales y utilidad debería ser matizada, en parte, y permite la exploración en los mecanismos de ponderación de principios o en la viabilidad de justificar decisiones judiciales de directrices políticas.¹⁵⁶

Volviendo al argumento del *interpretativismo político*, es relevante afirmar que el propio Dworkin parece distanciarse de esta versión del *interpretativismo político*, en sus críticas a Rawls. Si para algunos el liberalismo es el arte de la separación –Walzer–, esto no concordaría con una concepción holista, donde los valores se deben interpretar cada uno a la luz de los otros, sin estar organizados jerárquicamente sino al modo de una cúpula geodésica.¹⁵⁷ Frente a las visiones de Rawls y Berlin, la propuesta dworkiniana es considerar que la filosofía política debería ser comprensiva en su ambición ya que, en caso contrario, no se consigue rescatar el punto crucial de que los valores políticos están integrados y no separados.¹⁵⁸ En este punto, la perspectiva de Iglesias Vila es presentar una lectura del *Derecho como integridad* que permita incorporar un pluralismo valorativo genuino dentro de una concepción integrada de los valores. Lo que plantea la cuestión de que el interpretativismo dworkiniano pueda ser contemplado de una forma flexible y dinámica con relación a una estructura de valores, no jerarquizada, de forma coherente con el principio de integridad, que busca dar la mejor versión de la práctica jurídica.

5. Algunas conclusiones

En las líneas precedentes, se han abordado cuestiones sobre metaética, el papel de la Teoría o si los jueces deben basarse en principios morales o directrices políticas, intentando bosquejar un panorama que permita dar respuesta a la cuestión de si la Teoría es necesaria para resolver casos judiciales. Una primera aproximación, que Dworkin ha ensayado, es poner en cuestión la teoría –pragmatismo

¹⁵⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, "Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, p. (353-377) 374.

¹⁵⁶ He analizado la cuestión de los derechos como *triumfos* como una forma de inconmensurabilidad y de cómo afecta a la ponderación entre principios en PEREZ DE LA FUENTE, Oscar, "Dilemas constitucionales y decisiones judiciales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2010, en prensa.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 179.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, op. cit, p. 180.

jurídico- que considera poco útil la Teoría moral, porque en sí misma es una teoría. Es una versión de la paradoja de la autoreferencia. Como se ha visto, el recelo pragmático no es hacia toda teoría, sino acerca del producto elaborado por el moralismo académico y la fuerza de convicción de su particular forma de argumentación moral. Esta perspectiva de crítica le lleva a distanciarse incluso del pragmatismo filosófico, por su academicismo, y a abogar por un *pragmatismo cotidiano*. Sin embargo, la paradoja permanece y, pese a sus proclamadas intenciones, el pragmatismo jurídico busca y tiene un lugar en la academia y desarrolla argumentos que forman una posición teórica.

Una segunda aproximación se relaciona con cierta perplejidad entre algunas comprensiones comunes sobre Dworkin y Posner y algunas conclusiones que proveen determinados análisis de sus posiciones. De forma sintética, la adhesión posneriana a los postulados del Análisis Económico del Derecho acaba por convertirlo en un formalista. En cambio, la vinculación de la noción de objetividad interna con algún tipo de versión de la verdad como coherencia, convierten el Derecho como integridad en una actividad interpretativa, que puede ser concebida como más cercana al pragmatismo que al formalismo. No deja de ser sorprendente que si existe algún consenso entre los pragmáticos jurídicos éste sea presentarse como una visión antiformalista y que uno de sus máximos representantes, Posner, sea un ferviente partidario de una opción que puede ser definida como formalista –aplicar la Economía al Derecho, utilizar la perspectiva del análisis coste-beneficio-. Puede matizarse que para Posner éste es uno de los variados instrumentales con los que pueden contar los jueces. También podría hacerse una lectura pragmática del enfoque de Posner, que no tuviera en cuenta sus obras sobre el enfoque del Análisis Económico del Derecho. Pero lo cierto es que, pese a estos matices, conviene hacer la advertencia de que, tras la etiqueta de las “mejores consecuencias”, puede vislumbrarse una visión utilitarista, que busque mejorar el bienestar de la sociedad, que se traduzca en una justificación economicista de las decisiones judiciales. Lo cual podría sostenerse, pero ¿se trata de formalismo o pragmatismo?

Por otra parte, si, pese a su oficial rechazo, cabe concebir que el enfoque del Derecho como integridad está más cercano al pragmatismo que al formalismo, ¿qué continua separando al pragmatismo jurídico y a la interpretación pragmática de la posición de Dworkin? Desde este punto de vista, Posner señala los elementos que separan ambas posiciones: “su distinción entre principios y directrices políticas y su insistencia en la prioridad de los primeros en la guía de los jueces; su insistencia en la fusión del Derecho constitucional con la Teoría moral; lo que me parece el irrealismo de sus concepciones de las capacidades judiciales; y su tesis de la única respuesta correcta.”¹⁵⁹ Una vez más, se

¹⁵⁹ POSNER, Richard, “Tribute to Ronald Dworkin”, op. cit, p. 10.

deja traslucir el optimismo de Dworkin por las posibilidades de la Teoría moral y por su ineludible necesidad a la hora de decidir los casos judiciales. Sin embargo, estas diferencias se podrían reducir a una cuestión de definición. Planteado de forma resumida, a otra versión de la paradoja de la autorreferencia.

Si se analizaran los casos de la Corte Suprema, desde la visión del pragmatismo jurídico y del Derecho como integridad, las justificaciones pragmáticas buscarían interpretar las posiciones de la Corte como argumentos no morales. Pero esto podría ser, en sí mismo, muy discutible si se viera caso a caso, o, al menos, los argumentos sobre política, interpretación o separación de poderes podrían ser reformulados, con cierta habilidad, como cuestiones de moralidad política. La diferencia más fundamental entre Dworkin y Posner se basa en los límites de la Teoría moral. Los argumentos de Posner huyen de identificarse como Teoría moral, pero pueden considerarse posiciones morales, en un sentido amplio.

Es de destacar que las perspectivas del Derecho como integridad y el pragmatismo jurídico consideran, ambas, que cumplen el mismo objetivo, como es que su visión encaje *-fit-*, mejor que las versiones alternativas, con la práctica jurídica de los jueces en la sociedad norteamericana. Existe otra dimensión relevante que, en palabras de Dworkin, es proveer una "mejor justificación de nuestra práctica jurídica como un todo".¹⁶⁰ De alguna forma, se trataría de una competición, entre teorías interpretativas, por ofrecer razones convincentes a favor de sus argumentos. El banco de pruebas de ambos enfoques son los casos judiciales y si aquellos son útiles en las dimensiones de justificación y encaje con la práctica jurídica. Es decir, a partir de los casos concretos, mostrar si es necesario el "ascenso justificatorio" en cada caso y si irremisiblemente conduce a la Teoría moral.

Se atribuye a Whitehead la afirmación de que la Filosofía occidental no es más que una serie de notas a pie de página de las obras de Platón y Aristóteles. Esta frase aportaría un nuevo prisma de análisis a la controversia que se estudia entre el Derecho como integridad y el pragmatismo jurídico. Como sostiene Posner, la antítesis real al pragmatismo es un tipo de racionalismo, adecuadamente denominado platónico, que afirma el uso de métodos puramente analíticos de razonar la verdad sobre afirmaciones éticas y metafísicas controvertidas. El estilo racionalista es común en el Derecho; el formalismo jurídico es racionalista.¹⁶¹ En cambio, los pragmáticos abogan, afirma Cotter, como método para encontrar sus decisiones por

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 411.

¹⁶¹ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit, p. 10.

un concepto intrincado en el término aristotélico de "razón práctica" (*phronesis*).¹⁶²

El Mundo de la Ideas platónico es perfecto, inmutable y está jerarquizado. Se hace cognoscible a los seres humanos, según el mito de la Caverna, a través de un ascenso de alguien que está en una morada de sombras –mundo sensible- y llega a contemplar la luz del Sol –mundo inteligible- y vuelve a la morada. Después de la explicación de esta alegoría, Platón concluye: "lo que a mí me parece es que lo que dentro de lo cognoscible se ve al final y con dificultad es la Idea de Bien. Una vez percibida, ha de concluirse que es la causa de todas las cosas rectas y bellas, que en el ámbito visible ha engendrado la luz y al señor de ésta, y que en el ámbito inteligible es señora y productora de la verdad y de la inteligencia, y que es necesario tenerla en vista para poder obrar con sabiduría tanto en lo privado como en lo público."¹⁶³ ¿Es el "ascenso justificatorio" de Dworkin una versión del ascenso hacia el Sol de la alegoría platónica? ¿Es su tesis de la única respuesta correcta una reminiscencia de la jerarquía y superioridad del Mundo de la Ideas sobre el mundo sensible?

Existe otra idea platónica que podría aplicarse a Dworkin como es la noción de los filósofos-reyes. Como afirma Platón, "a menos que los filósofos reinen en los Estados, o los que ahora son llamados reyes y gobernantes filosofen de modo genuino y adecuado, y que coincidan en una misma persona el poder político y la filosofía, y que se prohíba rigurosamente que marchen separadamente por cada uno de estos dos caminos las múltiples naturalezas que actualmente hacen así, no habrá, querido Glaucón, fin de los males para los Estados ni tampoco, creo, para el género humano."¹⁶⁴ Esta visión aúna intelectualismo y autoritarismo, sólo aquellos que puedan alcanzar la Verdad deben gobernar. El énfasis de Dworkin por concebir que la tarea de justificación de los jueces debe basarse en la argumentación moral es la forma atractiva de vincular Derecho constitucional y Filosofía moral.

Pero concebir que una exigua minoría sea -basándose en sus cualidades especiales de discernimiento- la encargada de decidir y tener la última palabra sobre casos controvertidos se enfrenta, actualmente, a la crítica que se denomina objeción contramayoritaria. Esta visión sostiene que la posición de los jueces es oligárquica, representa generalmente los intereses de la minoría más acomodada, y, en

¹⁶² COTTER, Thomas, "Legal pragmatism and the Law and Economics Movement", *Georgetown Law Journal*, núm. 84, 1995-1996, p. (2071-2141) 2086. He analizado la noción de razón práctica aristotélica en la resolución de casos judiciales en PEREZ de la FUENTE, Oscar, "Una aproximación aristotélica a la deliberación en casos trágicos", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 15, 2007. Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/15/perezdelafuente.pdf>

¹⁶³ PLATON, *Diálogos. República*, Gredos, Madrid, 1986, traducción de Conrado Eggers Lan, p. 342 517b-c.

¹⁶⁴ PLATON, *Diálogos. República*, op. cit, p. 282 473d.

definitiva, no tiene legitimidad democrática. La réplica de Dworkin sería que los jueces son los encargados de aplicar los derechos, concebidos como triunfos frente a las mayorías y, de esta forma, por la separación de poderes, existiría un contrapeso a las mayorías que defendería la posición de los individuos y las minorías. Su aproximación de que los jueces en su tarea, además de otros materiales jurídicos, deben basarse en principios morales, que subyacen a los textos y a las decisiones pasadas, es una garantía en la justificación de las decisiones judiciales ya que el *Derecho como integridad* funciona como un entramado de conceptos, que incorpora una visión de coherencia narrativa implícita en la noción de integridad. La necesidad de justificación para las decisiones judiciales y la apelación a la Teoría moral en el “ascenso justificatorio” serían una forma de hacer más comprensible el Derecho y de proveer de los mejores argumentos para la controversia jurídica y la deliberación pública de las cuestiones polémicas en la sociedad.

Volviendo al *mito de la Caverna* platónico aplicado a Dworkin, parece desenfocado, más que en un sentido trivial, atribuir una proximidad entre ambas visiones. Hacerlo sería desconocer que Dworkin rechaza una noción de objetividad externa, cercana a la Física, donde los valores estén “allí fuera”, es decir, impliquen la existencia de la descripción de algún ámbito moral metafísico especial. La alegoría platónica de las sombras y la luz como metáfora del conocimiento de las Ideas no se correspondería con el enfoque dworkiniano. En cambio, defiende una noción de objetividad interna donde la corrección de un juicio o el contenido de una creencia no pueden ser evaluados con independencia del resto de convicciones que configuran un esquema conceptual. Esto sólo es posible si el conjunto de creencias forma un cuerpo lo suficientemente complejo y sólido, está estructurado y jerarquizado.¹⁶⁵

La crítica que sugiere esta visión es que parece ofrecer un Mundo de las Ideas, jerárquico y complejo, sin el fundamento metafísico platónico, sin el mundo inteligible que representa la luz del Sol, según la alegoría. Podría sostenerse que la noción de objetividad interna permite reconstrucciones rivales de la práctica jurídica que ofrecerían versiones diversas, que serían coherentes internamente sin relación necesaria entre ellas. La piedra de toque de la reminiscencia platónica es la tesis de la única respuesta correcta para los casos judiciales. Es un optimismo sobre la racionalidad humana que se asienta en la armonía de los valores. La pregunta es, de nuevo, cuál sería el fundamento último si se basa en una noción de verdad como coherencia. La respuesta de Dworkin es que la peculiaridad de la empresa jurídica y la tarea filosófica lleva, en cada caso, a tomar una respuesta por correcta y desechar otras, de forma que se mantenga la armonía de los valores. Nada hay más fácil que presentar los valores

¹⁶⁵ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, op. cit., p. 175.

como en conflicto, pero la tarea eminentemente filosófica es conseguir presentarlos de forma armónica.

En el final de su libro *Law's Empire*, Dworkin se pregunta "¿Qué es el Derecho?" Para contestar a esta cuestión parte de afirmar que el Derecho no se agota por ningún catálogo de reglas o principios, tampoco por una lista de funcionarios y sus poderes sobre parte de nuestras vidas. El imperio del Derecho es definido por una actitud, no por un territorio, poder o proceso. Es una actitud autorreflexiva, interpretativa, protestante, constructiva y fraternal.¹⁶⁶ Si esa actitud tiene más relación con la fe platónica en la verdad o con la sabiduría práctica de la *phronesis* aristotélica es una cuestión que puede desarrollarse en otro lugar. Es sintomático que Posner haya sostenido que la adjudicación pragmática señala una actitud y una orientación.¹⁶⁷ Que ambos autores apelen a actitudes para sintetizar sus posiciones puede sonar extemporáneo a según qué perspectivas. Ambos conciben que el momento central de la reflexión iusfilosófica trata de participantes que quieren dar la mejor versión de la práctica jurídica, en especial, qué soluciones deben aportar los jueces a los casos que se les presentan. El éxito en su tarea reside en el poder de convicción de sus respectivas actitudes en el imperio del Derecho.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, op. cit, p. 413.

¹⁶⁷ POSNER, Richard, *Overcoming Law*, op. cit, p. 405.