

PRAGMATISMO JURÍDICO. LA PROPUESTA DE SUSAN HAACK

JURIDICAL PRAGMATISM. SUSAN HAACK'S PROPOSAL

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Resumen: *Se examinan aquí las tesis principales de Susan Haack sobre el pragmatismo filosófico clásico y sobre la concepción del Derecho del juez Holmes, así como su propuesta de construcción de una teoría pragmatista del Derecho. El autor sugiere una serie de puntos que, en su opinión, podrían contribuir al desarrollo de ese proyecto.*

Palabras clave: *Susan Haack; pragmatismo filosófico; pragmatismo jurídico; Oliver Holmes; teoría del Derecho.*

Abstract: *Susan Haack's main theses on classical philosophical pragmatism and on Judge Holmes's conception of Law, as well as his proposal for the construction of a pragmatist theory of Law, are examined here. The author suggests a series of points that, in his opinion, could contribute to the development of that project.*

Keywords: *Susan Haack, philosophical pragmatism, legal pragmatism, Oliver Holmes, theory of law.*

1.

Mi primer contacto con la obra de Susan Haack tuvo lugar a mediados de los años 80, cuando estaba escribiendo un libro sobre la analogía en el Derecho¹. Analizaba allí diversas formas de entender ese típico argumento jurídico, y una de ellas (entonces resultaba muy novedosa) consistía en utilizar,

¹ Manuel ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986.

para revelar la estructura de la analogía, la llamada lógica borrosa o difusa (*fuzzy logic*). Parecía una estrategia prometedora, puesto que el problema de la vaguedad ocupa un lugar central en ese tipo de razonamiento. Pero Haack había mostrado que no era así (o no del todo así), porque la lógica vaga (o difusa) en sí misma era imprecisa (una lógica con valores de verdad vagos, tablas de verdad imprecisas y reglas de inferencia cuya validez es aproximada en lugar de exacta), de manera que no resultaba adecuada para manejar argumentos en los que figuraran términos vagos. A eso se podía objetar que se habían construido programas informáticos que utilizaban la tecnología “fuzzy” y que funcionaban en la práctica. Pero la réplica de Haack era que, si funcionaban en la práctica, ello se debía a que, en realidad, no aplicaban los principios de la lógica borrosa: la tecnología fuzzy no era exactamente una aplicación de la lógica fuzzy².

Luego conocí –en el contexto de la elaboración de la tesis de doctorado de Amalia Amaya sobre la coherencia en el Derecho– la propuesta de Susan Haack consistente en ofrecer una teoría de la justificación que articulaba elementos fundacionalistas y coherentistas y que me pareció un ejemplo excelente de cómo aplicar el sentido común para resolver problemas filosóficos aparentemente intratables; no sabía entonces que Susan Haack había defendido un tipo de epistemología basada en lo que denominaba precisamente “sentido común crítico”. También, en el marco del desarrollo durante estos últimos años de los estudios sobre razonamiento probatorio, tuve oportunidad de leer diversas obras suyas llenas de buen sentido y que, naturalmente, se alinean entre las defensoras de un realismo crítico que apoya la necesidad de contar con una noción objetiva de verdad frente a los partidarios del paradigma “narrativista”; según estos últimos, el objetivo de la actividad probatoria no sería el de procurar alcanzar la verdad de los hechos, puesto que no existe algo así como una realidad objetiva que pueda ser descubierta: la “realidad” es algo socialmente construido. Me interesaron también mucho algunos trabajos suyos en los que advertía sobre la falta de fiabilidad de la llamada “revisión por pares”. Y no sólo porque eso fuera importante a la hora de evaluar la prueba pericial, sino también (sobre todo) porque eso ponía en cuestión la supuesta objetividad de las agencias de evaluación de la producción científica,

² Vid. Susan HAACK, *Filosofías de las lógicas*, Madrid, Cátedra, 1982. En un trabajo más reciente (Susan HAACK, “On Logic in the Law: ‘Something, but not all’”, en *Ratio Juris*, vol. 20, n° 1 (2007) 1-31), Susan Haack hace el siguiente comentario: “Curiosamente, la posibilidad de usar algún tipo de lógica “lagunosa” (“gappy” logic) para representar lagunas jurídicas no parece haber sido explorada; pero la lógica borrosa (*fuzzy logic*) (o “lógica”, como estaría más inclinada a decir) sí que ha atraído la atención de algunos académicos que se ocupan de cuestiones de prueba” (p. 12). Sin embargo, existen varios trabajos que sí han tratado de utilizar esa “lógica” para esclarecer el razonamiento jurídico por analogía, y el primero de ellos quizás haya sido el de L. Reisinger (“Legal Reasoning by analogy. A model applying fuzzy set theory”, en *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, vol. 1, ed. De C. Ciampi, North Holland Publishing Company, 1982), del que yo me ocupaba en el libro que he mencionado.

especialmente en relación con las ciencias sociales; por lo demás, la adopción de criterios eficientistas que se basan en una especie de concepción empresarial del conocimiento resulta particularmente distorsionadora en relación con la investigación jurídica (de la filosofía del Derecho y de la dogmática jurídica). Me fue igualmente de gran utilidad su convincente e iluminadora crítica al llamado “constructivismo social”, esto es, la manera de concebir la realidad a la que ya me he referido y que ha causado estragos tanto en el campo de la filosofía y de las ciencias sociales como también en el más específico del Derecho; concretamente, su *Manifiesto* en contra del irracionalismo filosófico contemporáneo³ me sirvió mucho como base desde la que rechazar concepciones postmodernistas del Derecho como la de Boaventura Santos⁴.

Sin embargo, de entre las ideas que pueden encontrarse en la amplia producción de Susan Haack, la que a mí me ha resultado más inspiradora (que no está ni mucho menos desconectada de las anteriores) es su defensa del pragmatismo filosófico. Su manera de entender el “pragmatismo clásico” constituye, en mi opinión, una pieza importante de lo que tendría que ser una teoría del Derecho bien entendida. Explico por qué.

Mi trabajo en filosofía del Derecho durante las últimas décadas ha estado centrado fundamentalmente en elaborar una teoría argumentativa del Derecho. Para ello partí de considerar el Derecho como argumentación, aunque yo no crea, naturalmente, que el Derecho pueda reducirse a un fenómeno argumentativo⁵. En el transcurso de esa investigación comprobé que las teorías del Derecho más influyentes en el siglo XX (el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo y las teorías “críticas” del Derecho) no permitían dar cuenta (por diversas razones) del Derecho en cuanto fenómeno argumentativo. Y en el esfuerzo por identificar (y en parte por construir) una concepción del Derecho que pudiera servir para esos efectos y que fuera, en general, una concepción aceptable del Derecho (de los Derechos del Estado constitucional), llegué a la conclusión de que el trasfondo filosófico de la misma no podía ser otro que el pragmatismo. Por pragmatismo entendí, en un sentido muy amplio e impreciso, algo así como un método, una forma de entender la teoría (la teoría jurídica), cuyo rasgo central sería la primacía de la práctica; de manera que autores como Kant, Marx, Habermas o Dworkin también podrían ser considerados como pragmatistas. El pragmatismo no sería pues, exactamente, un tipo de filosofía del Derecho, sino una actitud necesaria para construir una filosofía del Derecho con sentido, esto es,

³ Vid. Susan HAACK, *Manifiesto of A Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

⁴ Vid. Manuel ATIENZA, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.

⁵ Lo he desarrollado sobre todo en Manuel ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

capaz de incidir (aunque no fuera en forma inmediata) en las prácticas jurídicas⁶. Pero, además, no podía tratarse del pragmatismo ramplón del jurista que vive a ras de suelo y que no es capaz de entender que en el Derecho se necesitan teorías precisamente para poder ser suficientemente prácticos; ni tampoco del “nuevo pragmatismo” de autores como Rorty y los teóricos del Derecho (situados más o menos en el ámbito de las teorías “críticas” del Derecho) que han seguido sus planteamientos, pues ese escepticismo radical en relación con la razón –práctica y teórica– no podía significar otra cosa que la negación de la filosofía del Derecho. Tenía que ser un pragmatismo no meramente instrumentalista, sino compatible con una idea fuerte de la razón práctica (que no se circunscribe a la adecuación entre los medios y los fines) y con el objetivismo moral; por lo tanto, una teoría que no renuncia ni a la idea de verdad ni a la de corrección. Y aquí es donde aparece la obra de Susan Haack, cumpliéndose con ello felizmente uno de los rasgos de la realidad que propugna el pragmatismo filosófico clásico: el factor de la suerte en los asuntos humanos, al que Peirce llamaba *tiquismo*⁷. Pues la noción de pragmatismo que yo estaba buscando, y que había entrevisto pero no articulado de manera completamente adecuada, es esencialmente la que cabe encontrar, solventemente expuesta, en los trabajos de Susan Haack. Su manera de entender el pragmatismo filosófico y el pragmatismo jurídico suministra un firme apoyo para el tipo de teoría del Derecho que, en mi opinión, deberíamos esforzarnos por desarrollar.

2.

Cuando se leen los (varios) trabajos de Susan Haack referidos al pragmatismo⁸, se tiene la impresión de contemplar la ejecución de una pintura en

⁶ En relación con esto, me influyó mucho la idea que Toulmin tenía del “pragmatismo” y que expresó en una entrevista que le hice junto con Manuel Jiménez Redondo: según él, el pragmatismo no era “una teoría más”, sino “una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres” (Manuel ATIENZA y Manuel JIMÉNEZ REDONDO, “Entrevista a Stephen Toulmin”, en *Doxa* 13 (1993), p. 355).

⁷ Vid. Susan HAACK, “The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists” (Manuscrito), p. 8; se trata del texto de una conferencia de la autora en la Facultad de Derecho de Washington University, en octubre de 2017.

⁸ Los que yo he tenido en cuenta son los siguientes: Susan HAACK, “On Legal Pragmatism: Where Does ‘The Path of the Law’ Lead Us?”, en *Notre Dame Law School* 50 (2005) 71-105. “Introduction. Pragmatism, old and new”: *Selected Writings*, New York, Prometheus Books, 2005, publicado anteriormente –en una versión ligeramente abreviada– en 2001 y 2004. “Not Cynism, but Synequism: Lessons from Classical Pragmatism”, en *Putting Philosophy to Work: Inquiry and its Place in Culture: Essays on Science, Religion, Law, Literature and Life* (cap. 5), New York, Prometheus Books, 2007, publicado anteriormente en 2005. “On Logic in the Law: ‘Something, but not all’”, en *Ratio Juris* 20, n° 1 (2007) 1-31. “The Pluralistic Universe of Law: Towards a Neo-Classical Legal Pragmatism”, en *Ratio Juris* 21, n° 4 (2008) 453-480. “The Meaning of Pragmatism: The Ethics of Terminology and the Language of Philosophy”, en *Teorema*, XXVIII/3 (2009) 9-29, 2009. “The growth of meaning and the limits of formalism:

la que pueden distinguirse tres planos. Uno es el del pragmatismo filosófico clásico que ocupa, por así decir, el fondo del cuadro. El otro, el plano central, está dedicado a trazar la figura del juez Holmes, por el que Haack parece sentir verdadera devoción; lo que, por cierto, no le impide mostrarnos también algunos de sus rasgos –digamos– menos agraciados o incluso defectuosos. Y, finalmente, en un tercer plano, como saliéndose ya del cuadro, aparece un esbozo de lo que cabría denominar una teoría pragmatista del Derecho. No se trata de tres pinturas, de un tríptico, sino de una única obra, puesto que las tres escenas se compenetran y en algún sentido tienden a confundirse: de ahí que en el proceso de ejecución de su obra, la autora aproveche el trabajo de detalle dedicado a completar cada uno de esos tres planos (o alguna escena de los mismos) para retocar o subrayar también algo de lo que aparece en los otros. El resultado final, en mi opinión, es una pintura manifiestamente coherente y unitaria (hay un mismo propósito, una misma tonalidad, que recorre todas las escenas del cuadro), pero también intencionadamente incompleta: lo que cabría denominar una obra abierta.

2.1.

Pues bien, el esfuerzo de Haack por clarificar lo que puede (mejor: *debe*) entenderse por pragmatismo filosófico clásico es muy de agradecer, y por diversas razones. Una es que la obra de esos autores (estoy pensando en Peirce, en James y en Dewey que, me parece, son los que cabría considerar como “más clásicos”⁹) no es fácil de entender, sobre todo por *quien pertenezca a una tradición de pensamiento que no sea la estadounidense*; y aquí, yo diría que la claridad analítica de Susan Haack contrasta, y para bien, con la prosa, en ocasiones un tanto hermética, de esos autores. Y otra (la que Haack destaca en sus escritos) es la necesidad de clarificar las señas de identidad de un movimiento filosófico que, efectivamente, tiene un enorme potencial para ser malentendido.

Esto último sucede, en parte, porque, como Haack señala una y otra vez, lo que comparten esos (y otros) autores no constituye propiamente una filosofía; lo que tienen en común no es más que una serie de temas, de actitudes, de métodos... que, por lo demás, no les impide sostener tesis muy distintas entre sí, y en relación con asuntos no precisamente intrascendentes. Un buen ejemplo de esto último es la llamada “máxima utilitarista del significado”, que James y Peirce interpretan de manera para nada coincidente: así, “mientras

in science, in law”, en *Análisis filosófico* XXIX, n° 1 (2009) 5-29, 2009. “Pragmatism, Law, and Morality: The Lessons of Buck v. Bell”, en *European Journal of Pragmatism and American Philosophy*, III, n° 2 (2011) 65-87, 2011. “The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theorists”.

⁹ Haack se ha interesado también por la obra de George Herbert Mead, F. C. S. Schiller (a la que se refiere en términos críticos), C. I. Lewis, Sidney Hook (que considera afín a la suya) y W.V. Quine (cuyo supuesto “pragmatismo” le parece un tanto equívoco). Vid. Susan Haack, *On Legal Pragmatism*.

que Peirce había vinculado el significado de un concepto a las consecuencias para la conducta de *la verdadera aplicación de ese concepto*, James vincula el significado de una proposición a las consecuencias para la acción de *creer en esa proposición*¹⁰. En este punto, para entender la heterogeneidad del pragmatismo, resulta verdaderamente esclarecedora la metáfora utilizada por Giovanni Papini y que Haack reproduce en diversas ocasiones: el pragmatismo sería como un gran hotel con muchas habitaciones, en cada una de las cuales hay un filósofo trabajando de manera distinta a los otros y sobre cuestiones también distintas: lo que todos ellos tienen en común es que, para llegar a cada una de sus habitaciones, han de pasar por el mismo pasillo¹¹.

Y en parte (esta sería la causa “extrínseca” de la confusión) porque el significado del pragmatismo ha sido oscurecido y adulterado como consecuencia de dos fenómenos que Haack denuncia una y otra vez en sus escritos. Uno de ellos consiste en la tendencia a entender el “pragmatismo” de acuerdo con el significado que esta expresión tiene en el lenguaje común, de manera que la filosofía pragmatista se caracterizaría por una inclinación hacia lo práctico, hacia lo conveniente, más bien que hacia los principios¹². Pero esto, como Susan Haack muestra de manera inapelable, poco o nada tiene que ver con el pensamiento de los autores que representan el pragmatismo clásico; al respecto, Haack recuerda, entre otras cosas, que el “fundador” del movimiento, Peirce, tuvo un amplio y profundo interés en la metafísica, además de haber sido uno de los grandes renovadores de la teoría lógica. Y el otro fenómeno, que a Haack le parece más preocupante que el anterior, es el de la apropiación del rótulo por parte de ciertos autores como (sobre todo) Rorty, pero también Posner o Brandom, cuyos planteamientos no son en absoluto afines a los de los pragmatistas clásicos. Sin embargo, es indudable que lo que hoy suele entenderse por pragmatismo tiende a identificarse con la obra de estos últimos autores. Y de ahí lo acertado de la propuesta de Susan Haack, consistente en distinguir dos tipos de pragmatismo: el “viejo” (el pragmatismo clásico) y el “nuevo” (que, como digo, sobre todo, sería el de Rorty, esto es, el pragmatismo – o neo-pragmatismo- postmodernista)¹³.

Susan Haack considera que la obra de Rorty no sólo ha contribuido a un uso verdaderamente “abusivo” del término “pragmatismo” o “neopragmatismo” (en alguna ocasión califica a este autor de “secuestrador”- de rótulos-), sino que el escepticismo radical de este último (recuérdese, entre otras cosas, su visión de la ciencia como parte de la conversación de la cultura occidental,

¹⁰ Susan HAACK, “The pragmatist”, p. 6.

¹¹ Vid., por ejemplo, Susan HAACK, *Introduction. Pragmatism*, p. 50.

¹² Vid., por ejemplo, Susan HAACK, *The Meaning of Pragmatism*, p. 13.

¹³ Vid. Susan HAACK, *Introduction...*

o la conversión de la filosofía en un género literario), ha contribuido a impulsar una serie de tendencias irracionalistas contra las que Haack ha reaccionado (para emplear sus propias palabras) con una “apasionada moderación”¹⁴ y en defensa de lo que cabría llamar la tradición de la filosofía racionalista. Por decirlo de una manera suave, Haack no siente el menor aprecio por la obra de Rorty y le parece que el tipo de pragmatismo que este último representa se aleja claramente del de los autores clásicos antes mencionados; tendría, si acaso, cierto parecido con el pragmatismo “vulgar” de un Schiller, si bien Haack considera que Rorty, “dadas sus frecuentes referencias a ‘nuestras prácticas conversacionales’ a ‘proseguir con la conversación de la cultura occidental’”¹⁵, debería ser calificado, más que como un relativista (un rótulo que le cuadraría a Schiller), como un “tribalista”.

Como antes decía, Rorty es uno de los autores que han influido decisivamente en el tipo de “pragmatismo jurídico” (vinculado al movimiento de los “*Critical Legal Studies*”) que ha tenido cierta presencia en los últimos tiempos en la academia estadounidense y que ha sido muy justamente criticado por iusfilósofos como Owen Fiss¹⁶ o Ronald Dworkin¹⁷. Y, en relación con los otros dos autores que hoy parecen ser los usufructuarios del título “pragmatismo”, la influencia de Brandom en el pensamiento jurídico me parece que se debe básicamente a un fenómeno de moda intelectual (y, en ese sentido, pasajero)¹⁸, mientras que el tipo de pragmatismo jurídico que defiende Posner (vinculado como se sabe al análisis económico del Derecho) ha tenido y sigue teniendo mucha mayor presencia. Es interesante por ello señalar que el juicio que a Susan Haack le merece el “pragmatismo cotidiano” (“*everyday pragmatism*”) de este último autor es más bien demoledor. Haack comienza preguntándose si a Posner habría que clasificarlo como un secuestrador del pragmatismo, como un crítico o simplemente como alguien que no entendió (un “*misunderstander*”¹⁹) pero, a la vista de los numerosos errores que detecta en sus escritos en relación con el pragmatismo filosófico, parece decantarse por la última de las alternativas: “en los círculos jurídicos, sus incomprensiones acerca del pragmatismo clásico han sido tan seductoras como las de Rorty, y ahora las de Brandom, en filosofía”²⁰.

¹⁴ Me refiero al título de su conocido libro *Manifiesto of a Pasionate Moderate: Unfashionable Essays*, cit.

¹⁵ Susan HAACK, *Introduction...*, p. 56.

¹⁶ Owen FISS, “La muerte del Derecho”, en *Doxa* 10 (1991) 123-140.

¹⁷ Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006 (especialmente, cap. 1).

¹⁸ Resulta difícil de creer que una doctrina expuesta de la manera tan abstrusa como se presenta el “inferencialismo” de Brandom pueda realmente llegar a tener alguna utilidad para modelar el razonamiento jurídico: vid. Susan HAACK, *The Pragmatist Tradition*, p. 22 y nota 150.

¹⁹ Susan HAACK, *The Pragmatist Tradition...*, p. 22.

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

Pues bien, lo que Susan Haack lleva a cabo a lo largo de la serie de escritos a los que me vengo refiriendo es toda una operación de “limpieza conceptual” destinada a clarificar qué es lo que justificadamente puede entenderse por “pragmatismo filosófico”. Y la conclusión a la que llega, como ya he anticipado, es que los autores pragmatistas (el pragmatismo clásico) no tienen en común ni una teoría de la verdad ni una posición metafísica, ni tampoco una idea de la ética o alguna otra cosa por el estilo. Lo que les une es un conjunto de temas, de predilecciones y actitudes que vendrían a configurar algo así como las “señas de identidad” de esa manera de entender la filosofía. En uno de sus últimos trabajos, Susan Haack lo concreta en los siguientes puntos:

- “– Aversión hacia el verbalismo y aproximación hacia el significado en términos de consecuencias “prácticas” o “pragmáticas”.
- La idea de que los desplazamientos y los cambios de significado se desarrollan en consonancia con nuestro conocimiento.
- Rechazo a filosofar de una manera a priori, y entendimiento de la filosofía como algo que versa sobre el mundo y no exclusivamente sobre nuestros conceptos o nuestro lenguaje.
- Aversión hacia el dogmatismo y, correspondientemente, un robusto y decidido falibilismo.
- Rechazo de las falsas dicotomías, y (para usar la expresión de Peirce) énfasis sinequista en la continuidad.
- Preocupación por el carácter social tanto del lenguaje como de la investigación.
- Disposición a acercarse a los resultados de las ciencias y, en particular, a tomar la teoría de la evolución en serio.
- Reconocimiento de la contingencia, del papel de la suerte, tanto en el cosmos como en los asuntos humanos.
- Inclinación a mirar hacia el futuro y una forma distintiva de unir el futuro con el pasado”²¹.

2.2.

El juez Oliver Holmes nunca se calificó a sí mismo de pragmatista, pero formó parte, aunque de manera efímera, del famoso *Metaphysical Club* (digamos, el grupo fundador del pragmatismo; es interesante el hecho de que en el grupo hubiera otros dos juristas). A Haack le parece justo que sea considerado

²¹ Susan HAACK, *The pragmatist*”, p. 7-8.

como el primero de los pragmatistas jurídicos, puesto que tanto sus obras teóricas como sus sentencias están llenas del espíritu del pragmatismo, y en las mismas pueden reconocerse todas las anteriores señas de identidad (en algunos casos anticipa incluso alguna de esas ideas pragmatistas²²). En uno de sus escritos²³, sintetizando, en realidad, varios de sus anteriores trabajos, Susan Haack identifica los siete siguientes temas pragmatistas que pueden encontrarse en el pensamiento jurídico de Holmes²⁴:

- 1) *La teoría predictiva del Derecho*. Lo que supone ver el Derecho no como el producto de la voluntad de un soberano, sino como la acción que llevarán a cabo los jueces al interpretar y aplicar las normas establecidas; igualmente, la noción de deber y de derecho se conciben en términos de predicción (teniendo en cuenta las consecuencias que sobrevendrán por hacer u omitir algo). De manera que Holmes estaría aquí clarificando el significado de los conceptos al tomar como referencia no las palabras, sino las consecuencias.
- 2) *El desarrollo y la adaptación de los conceptos jurídicos*. La interpretación que los jueces hacen de los conceptos tiene mucho más que ver con las necesidades del tiempo en que se vive que con las implicaciones lógicas de las normas legisladas: “La vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia”, y un sistema jurídico no puede ser concebido axiomáticamente; la elasticidad de los conceptos jurídicos es inevitable y deseable.
- 3) *La evolución de los sistemas jurídicos*. El Derecho no es una entidad metafísica, sino una realidad determinada espacial y geográficamente; en lugar de tratar de comprender “el Derecho-en-general”, es preferible centrarse en un sistema jurídico en particular. El Derecho es siempre el Derecho de algún lugar y en un determinado momento, o sea, una realidad histórica que evoluciona en el tiempo y que se va adaptando a las circunstancias, como ocurre con el desarrollo de una planta.
- 4) *Gradualismo*. Las dicotomías jurídicas tienden a convertirse, cuando se las analiza con cuidado, en diferencias de grado.
- 5) *El pasado y el futuro del Derecho*. Para entender el Derecho hay que fijarse en el pasado, pero para actuar con sentido dentro de un sistema jurídico (al interpretar o aplicar normas) debemos considerar también las consecuencias, el futuro; o, dicho de otra manera, el pasado es importante en la medida en que se proyecta en el futuro.

²² Haack se refiere varias veces (p.ej. Susan HAACK *The Meaning...*, p. 19) a la sugerencia hecha por Max Fisch de que la teoría predictiva de Holmes podría haber inspirado la máxima pragmatista de Peirce.

²³ Susan HAACK, *Pragmatism, Law...*

²⁴ Resumo la exposición de Haack de manera un poco libre (no incluyo las –expresivas– citas de textos de Holmes), pero espero que el resumen resulte fidedigno (vid. *Ibid*, pp.68-72).

- 6) *Relevancia de las ciencias, especialmente de las ciencias sociales, para el Derecho.* Las referencias de Holmes al jurista del futuro como alguien experto en estadística y en economía pueden hacer de él un precursor del análisis económico del Derecho. Pero la necesidad de considerar los medios y los fines, los costes y las consecuencias le llevó a subrayar también la relevancia de otras ciencias como, por ejemplo, la psicología (o, como antes se ha visto, la historia).
- 7) *Falibilismo moral.* La resistencia de Holmes frente a los que consideraban conveniente introducir en el Derecho elementos de moralidad tiene su base en el falibilismo moral que caracterizó en general al movimiento pragmatista: un juez no puede olvidar que lo que él considera como los principios morales más básicos puede ser visto como un error por la mitad de sus conciudadanos.

2.3.

Como antes decía, la tercera escena del cuadro, y que nos lleva de alguna forma hacia fuera del mismo, es algo así como un esbozo de una teoría pragmatista del Derecho, lo que Susan Haack llama un “pragmatismo jurídico neoclásico”²⁵. Se trata de un proyecto de teoría basada, desde el punto de vista filosófico, en el pragmatismo clásico, y, desde la perspectiva jurídica, sobre todo en Holmes, aunque también considera de interés la obra de otros iusfilósofos que estarían en esa misma línea pragmatista, como Pound, Dewey (escribió varios artículos de tema jurídico), Cardozo, Levi (este último es autor de un librito sobre el razonamiento jurídico, muy influyente en el pensamiento jurídico estadounidense, y al que Haack concede gran valor) o incluso Llewellyn. Los rasgos fundamentales de esa concepción del Derecho serían los siguientes:

- 1) Los sistemas jurídicos son instituciones sociales dirigidas a satisfacer necesidades humanas de carácter social. Su existencia depende de acciones humanas; se hacen más complejas a medida que aumenta la complejidad de la sociedad de la que forman parte; y se diferencian de otras instituciones por su carácter inherentemente normativo.
- 2) Como los sistemas jurídicos son creados por acciones humanas, lo que hace que algo sea una *verdad* jurídica (o sea, las “verdades acerca de lo que el Derecho es en un determinado lugar y tiempo”²⁶ son acciones de los legisladores y de los jueces). “La idea de que la verdad es algo que *hacemos* más bien que algo que *descubrimos* se encuentra en James, en Dewey y en Schiller; y aunque esta idea, en mi opinión, no es defendible en relación

²⁵ Vid. Susan HAACK, *The Pluralistic...*, y *The Pragmatist Tradition...*

²⁶ Susan HAACK, *The Pragmatist Tradition*, p. 26.

con la verdad en general, es enteramente adecuada en contextos jurídicos” (Haack 2017:26). Así, cabría decir que en 2004 se volvió verdad el enunciado de que Michigan es un Estado *Daubert* (que aplica en materia de prueba un criterio que lleva ese nombre).

- 3) La distinción entre un sistema jurídico y otros tipos de sistemas normativos es una cuestión de grado. Esa graduación (desde los casos centrales de sistemas jurídicos a los no jurídicos, pasando por supuestos de la penumbra) en nuestros días podría trazarse así: Derecho estatal-Derecho internacional-sistemas infrajurídicos (como el arbitraje o la mediación)-sistemas pre-jurídicos-sistemas no jurídicos (como normas de cortesía, morales, etc.).
- 4) Los conceptos jurídicos se desarrollan y cambian. Y el concepto de Derecho es no sólo un concepto que se refiere a una pluralidad de fenómenos, sino también un concepto gradual y fluido: varía de cultura en cultura y cambia cuando la sociedad cambia.
- 5) Hablar del Derecho sin más tiene sentido, siempre y cuando no se entienda por tal una abstracción metafísica (lo que Holmes llamaba “a brooding omnipresence in the sky”) sino el conjunto de los sistemas jurídicos (pasados y presentes).
- 6) Los sistemas jurídicos constituyen un “universo pluralista”. Y un mismo sistema jurídico (como el de los Estados Unidos) puede ser considerado como un universo pluralista, un mosaico de sistemas jurídicos.
- 7) Ese universo (o más bien multiverso) pluralista del Derecho está en una constante evolución. Los sistemas jurídicos evolucionan de manera semejante a como lo hacen los lenguajes. Y recurriendo a un símil biológico, cabría decir que el equivalente a la selección artificial serían los cambios legislativos, mientras que lo que se correspondería con la selección natural serían los pequeños pasos que se van dando a través de la interpretación.
- 8) El pragmatismo no es hostil a la lógica, pero los sistemas jurídicos no pueden entenderse como sistemas axiomáticos. La lógica es importante en el Derecho, pero no lo es todo: “la utilidad de los instrumentos de la lógica formal en la teoría jurídica es limitada”²⁷.
- 9) Aunque no puedan separarse en la práctica, hay una distinción conceptual entre el Derecho y la moral: “si bien están entrelazados en la práctica, lo que es jurídico y lo que es moral son cosas distintas”²⁸.
- 10) La semiótica de Peirce tendría un gran potencial para comprender el proceso de la interpretación jurídica. Haack considera que los sistemas jurídicos (en especial los del *common law*) deberían ser considerados como

²⁷ *Ibid.*, p. 25.

²⁸ Susan HAACK, *The Pluralistic...*, p. 472.

“laberintos de signos”, estructuras de interpretaciones de interpretaciones de interpretaciones... Pero se trata –nos dice²⁹– de un proyecto que habría que desarrollar.

3.

El punto anterior reconstruye –o, al menos, esa ha sido mi intención– el cuadro que nos ofrece Susan Haack del pragmatismo filosófico y del pragmatismo jurídico, pero sólo en sus trazos más gruesos; el original –obvio es decirlo– es mucho más rico y exige su contemplación directa (la lectura de esos trabajos), si se quiere captar la totalidad de la obra (el conjunto de las ideas que ahí se exponen, con todos sus detalles, y las conexiones que guardan entre sí). Pero había dicho también que se trataba de una obra intencionadamente abierta, en el sentido de que la propuesta de Haack consiste en articular una especie de armazón conceptual, un conjunto de lineamientos básicos con los que construir una teoría pragmatista del Derecho. Yo estoy muy de acuerdo con ese planteamiento (suscribo prácticamente todas las tesis que Haack defiende), pero creo que, para llevar a cabo el proyecto, hay algunos puntos no considerados –o no resaltados– por Haack y que merecería la pena tomar en consideración.

3.1.

El primero es la necesidad de situar todo ese planteamiento en el contexto de la teoría del Derecho contemporánea, entendida esa expresión en toda su amplitud. Lo que quiero decir con ello es que, en la obra de Susan Haack, la teoría del Derecho que fundamentalmente (casi exclusivamente) se tiene en cuenta es la estadounidense desde la época de Holmes; de la misma manera que el sistema jurídico en el que parece estar pensando es, muy predominantemente, el *common law* de los Estados Unidos.

En relación con esto último, a veces se tiene la impresión de que Haack idealiza algo el funcionamiento de ese sistema (cuya capacidad de producir justicia –decisiones justas– es, en mi opinión, considerablemente menor de lo que el juez Holmes suponía), pues al compararlo con lo que son los sistemas de *civil law* o Derechos de tipo continental-europeo, podría decirse que estos últimos aparecen descritos con notas mucho menos positivas³⁰; para decirlo

²⁹ Susan HAACK, *The Pragmatic Tradition...*, pp. 35-6.

³⁰ Un ejemplo: “Desde luego, esta aproximación evolucionista, y estas ideas acerca del desarrollo del significado de los conceptos jurídicos, están muy en desacuerdo con los modelos lógicos y las concepciones formalistas de la toma de decisiones jurídicas que todavía son muy dominantes en la teoría jurídica europea. Pero, de manera no sorprendente, yo comparto las reservas de Holmes acerca de modelos del Derecho exclusivamente lógicos” (Susan HAACK, *The Pluralistic...*, p.466-7)

de manera un poco cruda, uno tiene la impresión de que Susan Haack piensa que los sistemas de *civil law* –lo que vale también para los juristas que operan en los mismos– funcionan de acuerdo con los parámetros que suelen atribuirse al formalismo jurídico. Pero me parece que esto es algo que, de ser cierto, pertenece más bien al pasado: hay pocos juristas –pocos teóricos del Derecho de esa tradición– que defiendan una concepción deductivista del Derecho; que nieguen que los conceptos jurídicos evolucionan constantemente y que en buena medida ello ocurre a través de los procesos interpretativos; que vean el Derecho simplemente como el Derecho legislado, el Derecho de los códigos; que no asuman que los jueces cumplen, cada vez más, un papel creativo; e incluso se habla en los últimos tiempos de un “giro argumentativo”³¹ que caracterizaría tanto a la práctica como a la teoría del Derecho, lo que ha llevado, por ejemplo, a una intensa y ya larga discusión en torno a los principios jurídicos, a la ponderación o al activismo judicial.

Con lo anterior no pretendo decir que no haya ninguna diferencia entre la cultura jurídica característica de cada uno de esos dos sistemas, sino que las mismas son menores de lo que a veces suele suponerse y, sobre todo, que esas diferencias son cada vez menos relevantes desde la perspectiva de la teoría del Derecho. O sea, en la contraposición que a veces se establece a propósito de cómo debe configurarse una teoría del Derecho, como una teoría completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, o como una teoría con validez únicamente para cierto tipo de sistemas jurídicos, yo me siento más bien inclinado hacia esta segunda opción; y la razón para pensar así es que la teoría del Derecho que juzgo deseable desarrollar no ha de cumplir exclusivamente funciones descriptivas, sino también prácticas, normativas. Una de las claves de la polémica entre Hart y Dworkin (a propósito del famoso *Postfacio* a *El concepto de Derecho*) tenía que ver precisamente con eso y, en el fondo, con la defensa de una concepción más bien analítica (la de Hart) o pragmatista, al menos en un sentido amplio (la de Dworkin): a mí me parece claro que un pragmatista jurídico (alguien que aceptase las tesis que acabamos de ver referidas a la concepción del Derecho de Holmes o del pragmatismo jurídico neo-clásico) se situaría del lado de Dworkin. Y a donde yo quiero ir con todo esto es a sostener que, para construir en nuestros días una teoría del Derecho acorde con los postulados del pragmatismo jurídico (que pueda cumplir funciones prácticas relevantes), lo determinante no es (o no es tanto) que se apoye en un sistema jurídico de *common law* o de *civil law*, sino que pretenda servir para los sistemas jurídicos del Estado constitucional, que se asemejan mucho entre sí (al menos desde el punto de vista de cuáles son los fines y los valores que un ordenamiento jurídico ha de satisfacer). Esto último, por cierto, es lo que ocurre, en mi opinión, con una teoría como la de Dworkin que ha sido (está siendo) sumamente influyente entre los juristas teóricos y prácticos que

³¹ Vid. Manuel ATIENZA, *Filosofía del Derecho y transformación social*.

operan en muchos sistemas de *civil law*, porque ven en ella una concepción del Derecho que suministra una guía para enfrentarse con los problemas que plantea la constitucionalización de nuestros Derechos.

Y voy ahora al otro aspecto que antes anunciaba, el del cariz muy (excesivamente, en mi opinión) estadounidense que Haack imprime a la teoría jurídica pragmatista; o, dicho de otra manera, la necesidad de poner en relación la concepción del Derecho que –digamos– surge de Holmes, con el pensamiento jurídico no estadounidense (básicamente, europeo). Creo que eso puede ayudar también a comprender mejor la visión del Derecho del propio Holmes.

Así, a mí me ha sorprendido que, cuando Haack habla de que Holmes comparó el desarrollo del Derecho al crecimiento de una planta o cuando ella misma se detiene a señalar las analogías existentes entre la evolución de las lenguas y la de los sistemas jurídicos, no parezca reparar en que, en el marco de la cultura jurídica contemporánea, esas ideas se vinculan fundamentalmente con Savigny y con la escuela histórica del Derecho: el Derecho como manifestación del espíritu de un pueblo. O que nunca ponga en relación el famoso *dictum* de Holmes de que “la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia” con ideas (y frases) que Rudolf von Ihering (al que había leído Holmes) había escrito con anterioridad y que vienen a decir prácticamente lo mismo³². No pretendo con ello, naturalmente, quitarle ningún mérito a Holmes, sino simplemente recordar que su crítica al formalismo jurídico se inscribe dentro de un mismo movimiento (lo que se ha llamado “la revuelta contra

³² En un trabajo dedicado a estudiar la influencia de la obra de Ihering en algunos de los mayores juristas estadounidenses del siglo XX (Holmes, Pound, Llewellyn y Fuller), Robert Summers (*Essays in Legal Theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2000) cita el siguiente fragmento de *El espíritu del Derecho romano* (escrito por Ihering en 1865): “That particular cult of the logical, which tries to twist jurisprudence into mathematics of law, is an aberration and rests on ignorance about the nature of law. Life is not here to be a servant of concepts, but concepts are here to serve life. What will come to pass in the future is not postulated by logic but for life, by trade and commerce, and by human instinct for justice, be it deducible through logic or unlikely to happen at all” (p.23-3). Hay muchos otros pasajes de las obras de Ihering que contraponen la vida del Derecho a la lógica. Summers es muy cauto a la hora de evaluar la influencia de Ihering en esos pensadores, sobre todo porque cree que la teoría instrumentalista del Derecho era algo que, de manera “natural”, estos (Holmes, Pound y Llewellyn) habrían adoptado, dados los cambios tecnológicos introducidos desde finales del XIX en la sociedad estadounidense (p. 26); y también porque había una importante fuente anglosajona que inspiraba esa concepción del Derecho como un medio y no como un fin: el utilitarismo de Jeremy Bentham (p.28). Pero el hecho de que todos ellos (incluido Holmes) hubieran leído a Ihering y las manifiestas coincidencias existentes, concretamente, entre estos dos últimos autores, lleva a pensar que la influencia de Ihering (que al fin y al cabo es el iniciador de “la revolución instrumentalista”) tuvo que ser considerable. En todo caso, según Summers, habría sido mayor en el caso de Fuller (crítico del positivismo y del instrumentalismo jurídico) porque tanto Fuller como Ihering defendieron una teoría de los valores “más cualitativa y objetivista” (p. 31), que contrastaba, en particular, con la expresada por Holmes en su famoso *dictum*: “The first requirement of a sound body of law is, that it should correspond with the actual feelings and demands of the community, whether right or wrong” (p. 30).

el formalismo”) que, en Europa, encabezó el propio Ihering y también Geny; de manera que la crítica al formalismo jurisprudencial de un Langdell, que llevó a cabo Holmes, viene a ser en cierto modo una réplica de la de Ihering (el “segundo Ihering”) a la Jurisprudencia de conceptos alemana, y de la de François Geny a la escuela de la exégesis francesa.

En resumen, el pragmatismo jurídico tiene una variedad de fuentes teóricas (no es sólo un fenómeno estadounidense), porque se trata de una concepción del Derecho (o de una manera de plantearse la teoría del Derecho) que obedece a una necesidad práctica: dar cuenta de los sistemas jurídicos (y orientar el trabajo de los juristas en el interior de los mismos) que se corresponden con sociedades con un nivel parecido de desarrollo económico, tecnológico, etc. En consecuencia, una mejor teoría jurídica pragmatista será aquella que aproveche los desarrollos teóricos que han tenido o tienen lugar en esos diversos sistemas, sin limitarse a uno de ellos. Yo no tengo ninguna duda de que la lectura de los textos de Ihering enriquece el pragmatismo jurídico de Holmes. De que el paso del Derecho natural al positivismo jurídico, que se produce en algunos países europeos entre finales del XVIII y comienzos del XIX (y que fue muy bien teorizado por González Vicén³³), está en el trasfondo de la idea de Holmes (y de los demás autores positivistas) de que el Derecho es un fenómeno histórico y social, y no ya (la idea tradicional del Derecho natural) un conjunto de normas y de principios con validez para todos los tiempos y lugares. O de que la visión del Derecho como institución social se enriquecería mucho si se pusiera en conexión con toda la tradición del institucionalismo jurídico que, en tiempos recientes, ha tenido una continuación, y renovación, en la obra de Neil MacCormick.

3.2.

El segundo punto tiene que ver con la valoración que Susan Haack hace de la obra de Holmes. Como antes he dicho, su juicio global es manifiestamente positivo, aunque Haack desliza algunas críticas al respecto. Por ejemplo, matiza el optimismo holmesiano acerca del papel del Derecho en la evolución social, señalando que el Derecho no siempre funciona como una máquina de progreso social³⁴; le acusa a Holmes en alguna ocasión de incurrir en “falsas dicotomías”³⁵, por lo tanto, de infringir el principio sinequista que, como hemos visto, es una de las características de su pensamiento; o (a propósito de su rol en el caso *Buck v. Bell* al que luego me referiré) de haber cometido un “fallo

³³ Vid. Felipe GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1978.

³⁴ Susan HAACK, *The Pluralistic...*, p. 475-6

³⁵ Susan HAACK, *Pragmatism, Law...*, p. 72.

de imaginación y juicio moral”³⁶. Pero yo creo que el pensamiento de Holmes es también deficiente en relación con cuestiones más de fondo y que llevan a pensar que un pragmatismo jurídico bien desarrollado tendría que dar algunos pasos más allá e incluso en contra de lo sostenido por Holmes. Me explico.

Si partimos de que el Derecho es simplemente lo que hacen (o lo que harán) los jueces, entonces no es fácil ver por qué son importantes las razones en el Derecho, esto es, no parece haber mucho espacio para una concepción propiamente argumentativa del Derecho, que se centra en el razonamiento *justificativo* que llevan a cabo los jueces (la obligación de motivar las decisiones es un aspecto crucial de los Derechos de los Estados constitucionales); lo que quedaría sería sólo el razonamiento de carácter predictivo en el que obviamente están interesados los abogados. Dicho de otra manera, una teoría del Derecho no puede quedarse en lo que hacen los jueces, sino que tiene que considerar también lo que deben hacer (aunque a veces no lo hagan). Pero además³⁷, parece indiscutible que la mayor parte de lo que entendemos por Derecho no lo hacen los jueces, sino los particulares cuando llegan entre sí a acuerdos y formalizan contratos. Lo que en cierto modo es una consecuencia de que la mayor parte del Derecho no tenga que ver propiamente con la aplicación de la fuerza pública, sino con facilitar las interacciones humanas³⁸. Haack tiene razón al señalar que la utilización por parte de Holmes de la figura del “hombre malo” no es más que un recurso heurístico, y un recurso que en muchas ocasiones resulta útil. Pero me parece indudable que con ello (con el método de Holmes) no se puede dar cuenta de muchísimos aspectos de la realidad del Derecho ni se pueden construir todos los conceptos que esa compleja realidad requeriría. O sea, la concepción del Derecho de Holmes es manifiestamente reduccionista (el Derecho no es solo el comportamiento de los jueces) y carece de muchas herramientas teóricas de gran importancia que han ido elaborándose en los últimos tiempos como, por ejemplo, la distinción de Hart entre normas primarias y secundarias (que se corresponde con la que, en el plano de la filosofía general, se hace entre las normas regulativas y las constitutivas).

Con todo, en mi opinión, el principal déficit que puede encontrarse en la obra de Holmes no es ese, sino el haber defendido una versión del positivismo jurídico bastante cruda, al separar de una forma que, creo, es equivocada, el Derecho de la moral. Este es uno de los extremos de la obra de Holmes que Susan Haack trata en diversas ocasiones (al que quizás haya prestado más atención) y por ello merece la pena detenerse un momento en él.

³⁶ *Ibid.*, p. 87.

³⁷ Vid. Robert SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, p. 219.

³⁸ *Ibid.*, p. 221.

El análisis más pormenorizado de esa cuestión lo lleva a cabo Susan Haack en un artículo en el que discute a fondo el famoso caso *Buck v. Bell*, del que fue ponente el juez Holmes. Se trata de una decisión de 1927 de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, en esencia, declaró constitucional la esterilización obligatoria de los deficientes mentales, siempre y cuando se cumplieran una serie de requisitos (seguir un procedimiento dirigido a garantizar, fundamentalmente, que el diagnóstico médico esté bien fundado y que no exista una aplicación “abusiva” de la medida). Antes de entrar en el caso, Haack sintetiza en cinco puntos³⁹ lo que serían las tesis generales de Holmes sobre las relaciones entre el Derecho y la moral:

- 1) *El Derecho y la moral son conceptualmente distintos*. O sea, que algo esté moralmente mal no quiere decir que esté (o deba estar) jurídicamente prohibido.
- 2) *El Derecho y la moral difieren en cuanto a su extensión*. Muchas normas jurídicas son moralmente indiferentes y existen normas jurídicas contrarias a la moral.
- 3) *La evolución de un sistema jurídico está íntimamente conectado con la evolución moral de la comunidad*. Los legisladores pueden (o suelen) cambiar las leyes y los jueces interpretarlas de acuerdo con los cambios que tienen lugar en los valores morales de la sociedad.
- 4) *El Estado de Derecho (el rule of law) en sí mismo contribuye a la vida moral de una comunidad*. La predictividad del Derecho, por ejemplo, hace posible el florecimiento humano.
- 5) *Lo que es moralmente correcto o bueno no es algo que un juez (o cualquier otra persona) pueda conocer a priori; las convicciones e intuiciones morales de un juez (como las de cualquier otra persona) son falibles*. Cuáles sean las reglas morales que más puedan contribuir al florecimiento del mayor número de personas no es algo que resulte transparente: se va elaborando de manera gradual y frecuentemente dolorosa.

Eso (esas cinco tesis) le parece a Haack que muestra una buena comprensión de las relaciones entre el Derecho y la moral; exactamente, “buena, aunque no perfecta” (“*a pretty good though not, to be sure, a perfect understanding*”)⁴⁰. Ella piensa que la decisión tomada en el caso *Buck v. Bell* (como se ha dicho, Holmes fue el ponente; hubo un juez que disintió de la mayoría, pero no fundamentó su voto) había sido, por supuesto, errónea, pero el error se habría debido a “un fallo de imaginación y juicio moral”, a la circunstancia de que Holmes era naturalmente “hijo de su tiempo” y compartía por tanto un prejuicio entonces muy difundido, y también a un error en la apreciación de los hechos (la mujer a la que se trataba de esterilizar en aplicación de una ley

³⁹ *Ibid.*, p. 74-5.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 75.

de Virginia de 1924 no era deficiente mental, sino una mujer pobre). O sea, Holmes habría fracasado en la práctica, precisamente por no haber aplicado lo que predicaba en la teoría⁴¹ pues, al igual que otros pragmatistas, como James o Dewey, él no era un escéptico moral, sino un falibilista moral.

Ahora bien, yo creo que aquí es importante recordar la distinción que es usual trazar entre el nivel de la ética prescriptiva (o descriptiva) y el de la metaética, el de la ética teórica. Haack tiene, en mi opinión, razón al insistir en que Holmes no fue un escéptico (menos aun un cínico) en relación con lo que eran sus opiniones morales. Pero me parece que sí fue un escéptico por lo que se refiere a la metaética, a la posibilidad o no de fundamentar con razones las opiniones morales⁴². Y ese escepticismo (insisto, en el plano de la teoría ética) es lo que le lleva a prescindir de lo que suele llamarse “moral crítica” o “moral justificada” y a quedarse únicamente con la “moral social”, la “moral positiva”. Así se explica su famosa frase (vid. nota 10) de que “el primer requisito de un buen (“*sound*”) cuerpo de Derecho es que debe corresponderse con los sentimientos y las demandas de la sociedad, sean estas correctas o equivocadas”⁴³. O la no menos famosa anécdota en la que, frente a la invocación que el juez Learned Hand le hizo en una ocasión (Holmes estaba yendo hacia la Corte Suprema) de que hiciera justicia, él le replicó algo así como: “Ese no es mi trabajo. Mi trabajo consiste en aplicar el Derecho”. No puedo detenerme aquí en este punto⁴⁴ pero, en mi opinión, el falibilismo moral (de manera semejante a lo que ocurre con el falibilismo en la ciencia) debería ir acompañado de un objetivismo moral *mínimo* (en el plano teórico), o sea, de la tesis de que en el discurso moral y en el jurídico se erigen pretensiones de corrección (que pueden resultar equivocadas), pues en otro caso no sería posible otorgar sentido a nuestras prácticas jurídicas; concretamente, no podríamos explicar la obligación que existe para los jueces (y en general para los órganos públicos) de justificar sus decisiones.

Me parece además que la distinción que Holmes traza entre el Derecho y la moral, y aunque él la vea como una distinción que se da únicamente en el plano conceptual, pues en la práctica no siempre pueden separarse ambas realidades⁴⁵, es un buen ejemplo de *no aplicación* del principio sinequista. O sea, en mi opinión, no sólo en la práctica, sino también desde una perspectiva conceptual, hay una continuidad entre el Derecho y la moral (lo que no quiere

⁴¹ *Ibid.*, p. 87.

⁴² Susan Haack (vid. p. ej. Susan HAACK, *The Pluralistic...*, p. 473) cita algunos pasajes en los que Holmes habla de “verdades morales”, pero me parece que son “verdades morales” en un plano únicamente subjetivo o intersubjetivo: lo que uno o muchos consideran como verdad.

⁴³ Oliver W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Litt, Brown & Co., 1881, p. 41.

⁴⁴ Lo he desarrollado en Manuel ATIENZA, *Filosofía del Derecho*, , cap. VIII: “Objetivismo moral y Derecho”

⁴⁵ Vid. Susan HAACK, *The Pluralistic...*, p. 472.

decir, claro está, que no existan también diferencias). De manera que la pretensión de Holmes (y de los positivistas en general) de que es posible distinguir nítidamente entre lo que es y lo que debe ser Derecho (entre el Derecho y la moral) es insostenible también por razones conceptuales: particularmente en el contexto de los Derechos del Estado constitucional, no cabe (o, al menos, no cabe en muchos casos) identificar lo que establece el Derecho en relación con una determinada cuestión o interpretar una norma jurídica sin recurrir a criterios morales; el razonamiento jurídico involucra (necesariamente) fragmentos de razonamiento moral. El pragmatismo jurídico bien entendido, en mi opinión, es incompatible con la idea de que los jueces deben aplicar el Derecho haciendo abstracción de la justicia. Lo que el pragmatismo ha de promover es más bien una teoría que contribuya en la medida de lo posible a que los jueces hagan justicia por medio del Derecho.

3.3.

En uno de sus últimos trabajos, Susan Haack escribe lo siguiente:

“[A]l igual que el pragmatismo filosófico fue eclipsado primero por el positivismo lógico y luego por la filosofía lingüístico-conceptual de molde analítico, el pragmatismo jurídico parece haber sido eclipsado, primero, por el realismo jurídico y luego por la teoría jurídica de ese mismo estilo analítico. Como resultado de ello, los “ricos e inagotables” recursos de la tradición pragmatista siguen estando tan tristemente subdesarrollados e infrautilizados en la teoría jurídica como lo están, más en general, en la filosofía”⁴⁶.

Yo estoy básicamente de acuerdo con el fondo de esa afirmación (en lo que tiene de descripción de una realidad –teórica- y de propuesta o sugerencia sobre cómo construir una teoría del Derecho con sentido), pero me parece que la misma debería matizarse (no digo *corregirse*) en una serie de aspectos.

El primero de ellos consiste en poner de manifiesto que existe, en la teoría del Derecho contemporánea, una alternativa al positivismo de los realistas y de los iusfilósofos analíticos que, yo creo, conecta muy bien con el pragmatismo jurídico. Se trata de la concepción que hoy tiende a denominarse “postpositivismo” y en la que cabe situar a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino o Neil MacCormick. La idea fundamental consiste en entender el Derecho no sólo como un sistema de normas (esa sería su dimensión autoritativa), sino también (y fundamentalmente) como una práctica social con la que se trata de lograr ciertos fines y valores (dimensión axiológica). Es la concepción que a mí me parece preferible, aunque creo que tiene ciertas debilidades que habría que corregir; en concreto, esos autores (hablando en

⁴⁶ Susan HAACK, *The Pragmatist Tradition...*, p. 19.

general) se apoyan demasiado en una filosofía de corte liberal individualista, lo que les ha llevado a no poder dar cuenta satisfactoriamente de los derechos sociales; no subrayan la importancia del conflicto social en el Derecho; y no han contado suficientemente con las ciencias sociales a la hora de edificar la teoría del Derecho. Pero esas son precisamente deficiencias que una visión (adecuadamente) pragmatista del Derecho podría ayudar a superar.

Esa teoría del Derecho (que en un sentido amplio bien puede calificarse de pragmatista) tendría que ser, en mi opinión, no meramente descriptiva, sino también normativa. Aparentemente, eso iría en contra de algo que sostiene Susan Haack: “a diferencia de la reciente Teoría jurídica, con T mayúscula, la teoría jurídica pragmatista aspira no a prescribir cómo debe ser interpretado el Derecho, sino a sugerir cómo comprender el origen, la evolución y las funciones de la miríada de sistemas jurídicos del mundo”⁴⁷. Pero me parece que la contradicción es simplemente aparente, en el sentido de que a lo que se está oponiendo Haack, si yo la interpreto bien, es a una teoría jurídica de inspiración “crítica” (los “neo-pragmatistas jurídicos” afines a Rorty a los que antes he hecho referencia), o sea, a los que proclaman que el Derecho debe ser contemplado “con las lentes de la raza, el género, etc.”, lo que supone una visión “demasiado estrecha, demasiado provinciana y demasiado politizada”⁴⁸. Pues bien, si recordamos lo que Marx (en mi opinión, un pensador que pertenece claramente a la tradición pragmatista en filosofía) escribió en su famosa XI Tesis sobre Feuerbach: “Los filósofos se han limitado a interpretar el mundo de diversos modos; de lo que se trata es de transformarlo”, lo que a mí me parece que ha querido decir Haack no es que la tesis en cuestión debiera invertirse (como alguna vez sugirió Bobbio: “Los filósofos han tratado de transformar el mundo de diversos modos, pero de lo que se trata es de entenderlo”), sino que debiera matizarse, para que tuviera más o menos este tenor: “Los filósofos han tratado de interpretar el mundo (el Derecho) de diversos modos, pero de lo que se trata es de entenderlo para así poderlo transformar”. En definitiva, una teoría de la interpretación jurídica no puede ser únicamente descriptiva y analítico-conceptual, sino que tiene que contener criterios que sirvan de guía a los intérpretes...para hacer posible la justicia a través del Derecho.

Me parece también (y en conexión con todo lo anterior) que el principal desafío que tiene que afrontar una teoría jurídica pragmatista inspirada en Holmes consiste en superar el instrumentalismo jurídico, la idea de que el Derecho debe ser considerado simplemente como un medio para obtener fines sociales, y que estos no pueden ser otros que los socialmente establecidos. Se trata de lo que Summers ha llamado el “instrumentalismo pragmático” que

⁴⁷ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁸ *Id.*

habría caracterizado la teoría de autores como Oliver Holmes, Roscoe Pound, John Dewey, John Gray, Karl Llewellyn, Walter Cook o Felix Cohen⁴⁹. Su principal debilidad estriba en la falta de una concepción adecuada de los valores, capaz de superar el relativismo utilitarista rendido a la moral social⁵⁰ y de dar cuenta de las razones sustantivas (basadas en valores morales objetivos) que en el Derecho (en particular, en el del Estado constitucional) juegan un papel de gran relevancia. Summers considera (creo que con razón) que, en la superación de ese instrumentalismo pragmático, en la teoría jurídica estadounidense, debe otorgarse una gran importancia a la obra de Fuller que, en muchos aspectos, puede considerarse como precursora de la de Dworkin. En definitiva, el tipo de pragmatismo jurídico que necesitamos, en mi opinión, tiene que ser uno que no reduzca la racionalidad práctica a una cuestión de adecuación entre medios y fines, sino que acepte que, sobre los fines últimos, sobre los valores, también es posible una discusión racional. Sin ello, me parece que es imposible construir una teoría que pueda dar cuenta de las dos ideas (instituciones) que quizás más hayan contribuido a configurar lo que hoy son nuestros Derechos: el Estado de Derecho (el *rule of law*) y los derechos humanos. Pero, justamente, se trata de las dos instituciones que conectan el Derecho, respectivamente, con la política y con la moral, esto es, con los otros dos grandes componentes de lo que tradicionalmente se ha llamado la razón práctica. De manera que, al final, a lo que se llega es a una visión del Derecho en la que este no es ya (no es solo) un instrumento para lograr fines que están dados en otras esferas del todo social, sino un componente (un componente necesario) para articular la noción de lo que tendría que ser una sociedad bien ordenada. A la hora de conceptualizar el Derecho, el esquema medios-fines debería ser sustituido por (o, mejor, complementado con) el de parte-todo.

Finalmente, no cabe duda de que en la tradición del pragmatismo filosófico hay muchos conceptos que son de gran utilidad para la teoría del Derecho. Uno de ellos es, desde luego, el de sinequismo, la actitud o disposición consistente en buscar continuidades, y no sólo cortes, entre los conceptos y en las realidades a las que estos se refieren. Yo diría que es una herramienta fundamental para la crítica (y superación) del positivismo jurídico, cuyo rasgo más característico, en mi opinión, es lo que cabría llamar “la ideología de la separación”: la tendencia (a veces obsesiva) a distinguir nítidamente el Derecho del no Derecho, el Derecho de la moral, la ciencia jurídica de la sociología del Derecho, etcétera.

Otra idea de interés es la noción de verdad como algo que hacemos más bien que como algo que descubrimos. Y aquí, yo creo que su aplicación no se restringe a lo que son las *proposiciones* jurídicas (enunciados descriptivos

⁴⁹ Robert SUMMERS, *Instrumentalism...*, p. 11.

⁵⁰ Vid. Juan Antonio PÉREZ LLEDÓ, *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Lima-Bogotá, Palestra-Themis 2008, p. 21.

del tipo de “Michigan es desde tal fecha un Estado Daubert”), sino que podría incluir también enunciados prácticos, normativos, del tipo de “S es la solución correcta (aunque pueda no haber sido la adoptada por el tribunal T) al caso C”. Para ello (para justificar enunciados de este segundo tipo) podría servir muy bien, convenientemente adaptada, la noción de verdad del Peirce maduro, tal y como Haack la expone: la opinión final a la que llegaría por acuerdo una hipotética comunidad de investigadores si la investigación continuara lo suficiente⁵¹; una noción que, obviamente, se asemeja mucho a la concepción discursiva de la verdad de Habermas (o, mejor dicho, esta segunda a la de Peirce).

La aplicación de la noción de “sentido común crítico” al Derecho me parece prácticamente una necesidad. Como, por cierto, se lo pareció también a Holmes, que en una ocasión escribió: “Me parece que lo que necesitamos en este momento es una educación en lo obvio más que la investigación de lo oscuro”⁵². Un consejo que, en mi opinión, podría muy bien ofrecérseles hoy a tantos iusfilósofos analíticos que, efectivamente, parecen estar mucho más preocupados por las palabras y por los conceptos que por la realidad y, en general, a todos los juristas que tienden a olvidar que el Derecho, bien entendido, no puede ser otra cosa que sentido común refinado. O sea, si hay una continuidad entre la investigación en la vida ordinaria y en la ciencia⁵³, ¿cómo no va a haberla entre el sentido común ordinario y el sentido común jurídico?

Y, para poner un último ejemplo, tener en cuenta lo que proponía Peirce cuando hablaba de los tres grados de claridad⁵⁴ constituye, yo creo, un recurso de enorme utilidad para el análisis de muchísimos conceptos jurídicos. O sea, habría algo así como un *continuum* que iría desde la capacidad para usar una palabra de manera más o menos correcta (primer grado de claridad), a ser capaz de dar una definición nominal (segundo grado), y finalmente a ser capaz de operar con los términos en el curso de la investigación, de emplearlos hábilmente y adaptarlos a las necesidades (tercer grado de claridad). Un buen ejemplo, yo creo, lo proporciona el concepto de delito que, en la tradición del Derecho europeo-continental, se suele definir como “una acción típica, antijurídica, culpable y punible”. Esa definición va más allá de lo que supone simplemente saber usar la expresión “delito”, pero su análisis en profundidad (la comprensión cabal del concepto) consiste en darse cuenta de que aquí no se trata de captar algo así como la verdadera esencia del delito, sino de investigar las funciones que el concepto cumple y debe cumplir: cada una de las notas de la definición se vincula con la satisfacción de ciertos objetivos, de

⁵¹ Vid. Susan HAACK, *The Meaning...*, p. 11.

⁵² Oliver W. HOLMES, “Law and the Court”, en Richard POSNER, *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and others Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 146.

⁵³ Vid. Susan HAACK, *Not Cynism...*, pp. 88-90.

⁵⁴ Vid. Ha Susan HAACK, *The Meaning...*, p. 17.

ciertos principios y valores del Derecho penal. La dogmática penal ha tardado bastante tiempo en darse cuenta de ello (se habla de una “revolución” que se habría producido con la publicación de un libro de Klaus Roxin, en 1970⁵⁵) aunque, en este caso, en lugar de recurrir a Peirce, los penalistas alemanes podrían también haberse limitado (para reorientar el trabajo de la dogmática penal) a recordar lo que Ihering había dicho un siglo antes.

Y es que, en el Derecho y seguramente también en muchas ciencias sociales, las buenas ideas –no sé si esto formará parte del *tiquismo* de Peirce– suelen haber sido formuladas por diversos autores, quizás con variaciones en cuanto a su presentación, y en diversas ocasiones... aunque eso no asegure que las mismas vayan a ser aceptadas por la comunidad de los juristas y, en particular, por la de los teóricos del Derecho. Quizás porque, a pesar de que muchos no quieren darse cuenta de ello, es bastante dudoso que en el campo de la teoría o la filosofía del Derecho pueda hablarse de una institución, de una comunidad, que opere de la misma forma en que lo hacen las comunidades de científicos en sentido estricto.

Manuel Atienza
Calle Pontevedra 4
El Campello
03560 Alicante (España)
manuelatienzarodriguez@gmail.com

⁵⁵ Klaus ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006; la ed. original alemana es de 1970.

