

**LA PRÁCTICA DEL DERECHO DESDE LA CONEXIÓN
JOHN DEWEY-OLIVER W. HOLMES^{1*}**

**THE PRACTICE OF LAW FROM THE JOHN DEWEY-
OLIVER W. HOLMES CONNECTION**

Daniel Gorra²
Universidad Nacional de San Luis

Recibido: 17/05/2024 - Aceptado: 18/07/2024

Resumen: El objetivo de este trabajo es reconstruir y describir algunos de los aportes más relevantes por parte de John Dewey y Oliver W. Holmes Jr. a la teoría del Derecho desde el pensamiento pragmatista y acercar al lector de habla hispana al pensamiento de dos autores poco estudiados en nuestra tradición del sistema legal continental. En primer lugar, se efectúa un análisis conceptual sobre lo que podría identificarse con pragmatismo jurídico. En segundo lugar, analizar algunas críticas, en particular la dworkineana, y ofrecer algunas respuestas. En tercer lugar, analizar la conexión entre teoría jurídica y realidad social, como una característica de esa tradición desde lo que se ha denominado lógica experimental. Luego, se expondrá una descripción de un método desde una forma de describir el fenómeno jurídico y su aplicación a un caso concreto. Por último, se expondrá las conclusiones.

Palabras claves: pragmatismo jurídico – Oliver W. Holmes Jr. – John Dewey

Abstract: The purpose of this paper is to reconstruct and describe some of the most relevant contributions of John Dewey and Oliver W. Holmes Jr. to the theory of law from a pragmatist point of view, and to bring the Spanish-speaking reader closer to the thought of two authors who have been little studied in our continental legal system tradition. First, a conceptual analysis is made of what could be identified with legal pragmatism. Secondly, to analyze some criticisms, particularly the Dworkinian one, and to offer some answers. Thirdly, to analyze

¹ En presente trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto de Investigación Consolidado N°15-0120 Derecho y Lenguaje: alcance y delimitación de criterios judiciales (SeCyT – UNSL).

* Mi agradecimiento al T.P. Héctor Andrés Herrera, matrícula 879, CTPPM (Colegio de Traductores Públicos de la Provincia de Mendoza) quien colaboró en la traducción y revisión de las citas consultadas.

² gorra.daniel@gmail.com

the connection between legal theory and social reality, as a characteristic of that tradition from what has been called experimental logic. Then, a description of a method will be presented from a way of describing the legal phenomenon and its application to a concrete case. Finally, conclusions will be drawn.

Keywords: legal pragmatism - Oliver W. Holmes Jr. – John Dewey

I. Introducción

En la tradición del pensamiento *American Philosophy*, hay dos autores que han despertado admiración y debate dentro del pragmatismo en general, y del pragmatismo jurídico en particular: John Dewey³ y Oliver W. Holmes Jr.⁴, respectivamente. Ambos ejercieron gran influencia en la vida institucional, política y jurídica de los Estados Unidos. Por un lado, Dewey contribuyó al desarrollo de un nuevo estilo de hacer filosofía sobre las bases del pragmatismo fundado por Charles S. Peirce y William James. Y por su parte, Holmes abrió el camino de una nueva tradición de pensamiento sobre la práctica jurídica. Algunos consideran que Holmes era un

³ Para una introducción de la obra de Dewey en materia política se recomienda: Westbrook, Robert B. (1991). *John Dewey and American Democracy*, Ithaca, Cornell University Press; Campbell, James (1996). *Understanding John Dewey*, Chicago: Open Court; Pappas, Gregory, F. (2008). *John Dewey's Ethics Democracy as Experience*, Bloomington: Indiana University Press; Rockefeller, Steven C. (1991). *John Dewey Religious Faith and Democratic Humanism*, Nueva York: Columbia University Press.

⁴ Respecto de Oliver W. Holmes, se sugiere: Haack S. (2006). "On Legal Pragmatism: Where does 'The Path of the Law' Lead Us?", *The American Journal of Jurisprudence*, V. 50, Notre Dame Law School, Natural Law Institute, 51-105; Weaver, William G. "The 'Democracy of Self-Devotion': Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism", en: Morales, *Renascent Pragmatism* [supra, n. 19], 3-30, 4; Grey, Thomas C. (2014). *Formalism and Pragmatism in American Law*, Boston, Brill.

admirador de Dewey⁵ y éste a su vez consideraba al magistrado de la Corte Suprema como uno de los pragmatistas jurídicos de referencia.

Además de haber participado de las reuniones del Club de la Metafísica⁶, cada uno citó al otro en algunos de sus escritos. Por ejemplo, *Experience and Nature*, tal vez una de las obras de Dewey más influyentes en el siglo XX, fue muy citada por Holmes, y a su vez, él mismo era citado en la obra, la cual llegó a considerar:

(...) Aunque el libro de Dewey está increíblemente mal escrito, me pareció después de varias relecturas que tenía una sensación de intimidad con el interior del cosmos que encontré inigualable. Me pareció como si Dios hubiera querido hablar, aunque fuera inarticulado, pero con un profundo deseo de contarte cómo era. (Holmes citado por Howe, 2015, p. 272)

Por su parte, Dewey coincidía con Holmes en algunas perspectivas políticas, que el magistrado exponía en sus decisiones judiciales como en *Abrams et al, v. United States*⁷: “La mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado” (Dewey, 1981, p. 177).

Al respecto, el profesor Thomas Grey (2014) considera que el pragmatismo jurídico de Holmes y la filosofía de Dewey

⁵ Tomas Grey señala que, si bien se ha considerado a Holmes un admirador de Dewey, Holmes nunca fue claro en qué admiraba de Dewey. Cfr. GREY, Thomas C. (2014). *Formalism and Pragmatism in American Law*, Boston, Brill, p. 101-102.

⁶ El Club de la Metafísica fue una sociedad informal de filosofía integrada por un grupo de jóvenes intelectuales durante comienzos de 1872 en Cambridge, Massachussets. Entre las figuras más destacadas se encuentran Charles S. Peirce y William James. Asimismo, podemos mencionar a Nicholas St. John Green, Joseph Bangs Warner, John Fiske, Francis Ellingwood Abbot y Chancey Wright. Para más información sobre este tema, se recomienda la obra de Louis Menand (2001) *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*, New York: Farrar, Straus & Giroux; en castellano hay una traducción de Antonio Bonnano: *El Club de los Metafísicos: Historia de las Ideas en América*, 2002, Barcelona: Destino.

⁷ 250 US 616, 630.

confluyen en lo que podría denominarse la “esencia” de la *modern American law*, donde coexisten la tendencia clásica con la postura práctica y flexible del pragmatismo. En este sentido, el autor sostiene:

Al mismo tiempo, sostengo que el pragmatismo jurídico, entendido como la teoría del derecho articulada por Oliver Wendell Holmes Jr., en consonancia con la filosofía pragmatista general de John Dewey, constituye una jurisprudencia que respalda lo que el Prof. Huang describe como la “esencia” del derecho moderno estadounidense, es decir, la “coexistencia” de la tendencia clásica con la tendencia pragmática práctica y flexible. Para evitar confusiones terminológicas, prefiero utilizar el término “pragmatismo jurídico” para esta explicación jurisprudencial global, que da cabida a ambas tendencias en competencia. (Grey, 2014, p. 2).

Mi interés por abordar ambos autores se divide en dos aspectos. En primer lugar, la influencia que tuvieron en el desarrollo de una nueva forma de razonamiento jurídico para integrar la práctica jurídica con la teoría. En este sentido, los aportes teóricos de Dewey en materia de ética y el uso de la lógica, y las ideas de Holmes y sus decisiones judiciales que sentaron precedentes importantes contribuyeron al desarrollo de presupuestos teóricos y metodológicos del *legal pragmatism*. Por otro lado, ambos autores, en particular Holmes, son desconocidos para el lector de habla hispana. Así, este trabajo es un aporte para acercar al lector hispano hablante, interesado por la filosofía del derecho y la teoría general del derecho, a algunos rasgos generales de una tradición que nació en nuestro continente y podría ofrecer interesantes aportes para la reflexión de nuestras prácticas jurídicas.

Por consiguiente, durante el desarrollo de este trabajo, en un principio expondré algunas nociones de la literatura sobre la temática para aproximarnos a lo que podríamos identificar como “pragmatismo jurídico”. En un segundo apartado, haré una breve reseña de algunas críticas al pragmatismo jurídico, en lo que respecta a su “déficit de teoría”, “escepticismo moral”, “tradicionalismo” y “activismo judicial”. A continuación, ofreceré algunos argumentos para responder a estas críticas desde los aportes de Dewey y Holmes. En cuarto lugar, describiré una identificación de Dewey del derecho como un fenómeno social y su teoría lógica de las descripciones para aplicar el razonamiento judicial. En quinto lugar, analizaré la práctica judicial desde una perspectiva pragmatista de acuerdo

con Holmes, desde la metodología del estudio de caso. Finalmente, presentaré las conclusiones sobre la práctica del Derecho con relación al aporte de ambos autores.

II. ¿Qué entendemos por “pragmatismo jurídico”?

Tratar de definir “pragmatismo jurídico” no es una tarea sencilla debido a la gran variedad de definiciones sobre pragmatismo que compiten en la literatura. Incluso los propios filósofos del Derecho tienen sus propias versiones de pragmatismo jurídico. Esto es importante advertirlo, ya que, en las críticas hacia el pragmatismo jurídico, algunos autores lo hacen desde lo que ellos identifican como “pragmatismo” en general o “pragmatismo jurídico” en particular. Por ejemplo, esto puede advertirse cuando Ronald Dworkin (1986) critica al pragmatismo jurídico. En realidad, está criticando el enfoque de Posner (1996).

De manera similar sucede con las críticas de Bernard Williams (2004) hacia una versión particular como la de Richard Rorty (1982). En consecuencia, cuando se critica al pragmatismo es importante preguntarnos a qué versión o a qué autor pragmatista en particular se está haciendo referencia. Desde los inicios de esta tradición ha habido disparidad de criterios sobre la utilización del término “pragmatismo”. Recordemos la decisión de Charles S. Peirce (1905) cuando, cansado de los abusos del término pragmatismo y para evitar confusiones, comenzó a utilizar la expresión “pragmaticismo”.

Al respecto, Arthur Lovejoy (1908), quien llegó a distinguir trece clases de pragmatismo, sostenía:

(...) Los filósofos temporales deberían ponerse de acuerdo en asignar algún significado único y estable al término. Parece que aún no hay un reconocimiento lo suficientemente claro y general entre los contribuyentes a esa controversia de que el pragmatista no es simplemente uno, sino muchos individuos a la vez. (p. 5)

Probablemente, la siguiente metáfora de Giovanni Papini citada por Williams James, sobre el pasillo de un hotel al que dan innumerables habitaciones, ilustre las distintas perspectivas desde donde uno puede abordar el pragmatismo:

En una puede encontrarse a un hombre escribiendo un libro ateo; en la siguiente, alguien de rodillas pidiendo fe y fortaleza; en la tercera, un químico investigando las

propiedades de un cuerpo; en la cuarta se demuestra la imposibilidad de la metafísica. Pero el pasillo pertenece a todos y todos deben pasar por él si quieren encontrar una vía práctica de entrar o salir de sus respectivas habitaciones (Papini citado por James [1906], 1978, pp. 144-148).

Al mismo tiempo, la metáfora explica las dificultades de encontrar una definición. Incluso Papini (2011, p. 71) sostenía que “quien diera en pocas palabras una definición del pragmatismo haría la cosa más antipragmatista que se pueda imaginar”. Tal vez en esta afirmación del autor italiano se vea la explicación de la metáfora del pasillo: “El pragmatismo no es más que una colección de métodos para potenciar las actividades del hombre” (Papini, p. 71). El punto de vista en común de todas estas habitaciones es un hombre en actividad, donde el pragmatismo es el camino que debe atravesar frente a una pluralidad de alternativas metodológicas.

Por su parte, Daniel Farber (1995) sostiene que la diferenciación entre los pragmatistas jurídicos depende de la tradición clásica pragmática que sigan, se trate de Williams James o de John Dewey. Al respecto el autor considera que, en sentido estricto, el pragmatismo se adapta a una variedad de puntos de vista que van del juez Richard Posner al filósofo Richard Rorty. Asimismo, cita a Jack Balkin (1991) quien ironizaba sobre diez razones principales para ser un pragmático jurídico:

10. Funciona. 9. Ser pragmatista jurídico significa nunca tener que afirmar que tienes una teoría. 8. Compra lo hecho en Estados Unidos. 7. Si eres de izquierda, finalmente podrías encontrar algo en lo que estar de acuerdo con Richard Posner. 6. Puedes leer todas tus fuentes filosóficas en su idioma original. 5. Si eres de derecha, finalmente podrías encontrar algo en lo que estar de acuerdo con Frank Michelman. 4. Puedes evitar ver el mundo en términos de dicotomías filosóficas rígidas (o no). 3. Porque eres socialmente construido, realmente no es culpa tuya el haber llegado a ser uno. 2. También puedes ser (a) republicano cívico, (b) feminista, (c) deconstructivista, (d) analista de casos, (e) crítico, (f) del tipo ley y economía, o (g) cualquier otra cosa. Aún nadie ha descubierto los escritos antisemitas de John Dewey para Le Soir. (Balkin citado por Faber, 1995, p.168).

Asimismo, el pragmatismo jurídico ha sido definido como una teoría crítica frente a las teorías tradicionales del Derecho:

El pragmatismo jurídico es una teoría crítica con las imágenes más tradicionales del Derecho y, más concretamente, con la toma de decisiones judiciales. La visión clásica del Derecho ofrece una teoría del Derecho basada en casos que hace hincapié en la cualidad universal y fundacional de los hechos específicamente jurídicos, el análisis meticuloso de los precedentes y la argumentación por analogía. El pragmatismo jurídico, por su parte, hace hincapié en la necesidad de incluir un conjunto más diverso de datos y afirma que la mejor forma de concebir el Derecho es como una práctica arraigada en el contexto específico de que se trate, sin fundamentos seguros, instrumental y siempre vinculada a una perspectiva. Una postura pragmática hacia la jurisprudencia ofrece muchos desafíos filosóficos a las descripciones más tradicionales del ámbito jurídico (Butler, 2020).

Además, Butler (2020) diferencia entre el pragmatismo jurídico como teoría descriptiva y pragmatismo jurídico como teoría normativa. En el primer sentido, el pragmatismo jurídico puede caracterizarse como una teoría con pretensiones descriptivas. Es decir, como teoría de lo que realmente sucede en el Derecho, a pesar del predominio ideológico del modelo clásico. El pragmatista jurídico descriptivo piensa que la imagen clásica de la jurisprudencia no se ajusta a los hechos del Derecho, y que una imagen pragmatista ofrece una alternativa mejor. En el segundo sentido –la teoría normativa– el pragmatista jurídico se opone al estilo de argumentación a priori y racionalista tradicionalmente aplicado en la argumentación legal, sosteniendo que tales métodos no tienen ningún derecho válido a la autoridad y, de hecho, carecen de las herramientas necesarias para justificar su propia adopción.

Otro autor contemporáneo y reconocido exponente del pragmatismo jurídico como Richard Posner (1996) identifica tres rasgos característicos: 1) desconfianza ante las entidades metafísicas; 2) prioridad del resultado sobre la intención, y 3) prioridad de la responsabilidad sobre la convicción. Igualmente, el autor rechaza la idea de principios objetivos a los cuales deba ajustarse el Derecho. Sostiene que el pragmatismo es una práctica, instrumental, dirigida hacia adelante, activista, empírica, escéptica, antidogmática, que defiende la primacía de las consecuencias tanto en la interpretación como en los otros

campos de la razón práctica, la continuidad del discurso legal y el moral. También, rechaza la idea de una teoría política, moral y jurídica de base que guía a las decisiones judiciales. Este rechazo a la “teoría” por parte del juez norteamericano es importante advertirla, ya que varias críticas al pragmatismo jurídico, como en el caso de Dworkin (1986), se dirigen a su aspecto “antiteórico”.

Otros autores, como en el caso de Daniel Farber (1988), equiparan el pragmatismo con una pluralidad de herramientas que incluyen la tradición, el texto legal y la política para resolver problemas legales. Asimismo, sostiene que asumir una actitud pragmatista implica renunciar al proyecto completo de entregar una base teórica para el Derecho constitucional. Por su parte, Brian Leiter (1997) sostiene la idea de que el pragmatismo jurídico es una teoría de la decisión judicial satisfactoria para los abogados, que les permitiría predecir lo que harán los tribunales. Asimismo, Michal Alberstein (2002) se refiere al pragmatismo jurídico como un discurso filosófico que es general, relajado, externo, práctico y progresista, y junto a éste un discurso jurídico anterior que es profesional, obsesivo, interno, teórico y conservador. Del mismo modo, William Weaver (2003) considera al pragmatismo jurídico como un reconocimiento de que la devoción a la teoría puede ser dañina e infructífera de igual manera que la devoción al formalismo jurídico tradicional. Finalmente, Thomas Grey haciendo referencia a Holmes considera:

El núcleo del pragmatismo jurídico tal y como yo lo entiendo, siguiendo a Holmes, es una visión del Derecho como una empresa que es práctica en dos sentidos. En primer lugar, está «constituido por prácticas contextuales, situadas, arraigadas en expectativas compartidas»; en segundo lugar, es «instrumental, un medio para alcanzar fines socialmente deseados, y disponible para ser adaptado al servicio» (Grey, 2014, p. 2).

Por último, frente a esta diversidad de nociones sobre pragmatismo jurídico, estimo pertinente recordar la afirmación de una de las referentes contemporáneas más representativas del pragmatismo jurídico, me refiero a Susan Haack. La profesora de la Universidad de Miami manifiesta:

Últimamente, la palabra «pragmatismo» aparece en los títulos de libros, capítulos y artículos sobre filosofía jurídica con la frecuencia suficiente como para dar la

impresión de que debe haber algún tipo de renacimiento del pragmatismo entre los juristas. Sin embargo, cuando uno mira el contenido de esos libros y artículos, es probable que se encuentre más que un poco confundido acerca de qué es exactamente este aparente renacimiento (Haack, 2005, p. 71).

En este orden de ideas, la filosofía de Dewey y los aportes de Holmes constituyen dos pilares para la reflexión de una práctica jurídica como un fenómeno integral para dar cuenta de respuestas de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Todo ello, sin que esto implique involucrarse en un “activismo judicial” o pretender dar respuestas “correctas” o “justas” partiendo de una teoría moral o política. Esto no quiere decir que consideraciones morales o políticas no influyan en las decisiones judiciales, pero sí implica rechazar la idea de una respuesta “correcta” partiendo de una única premisa moral objetiva o política, y elegir entre todas las alternativas posibles atendiendo a las particularidades del caso. Tampoco esto implica desconocer las reglas del Derecho positivo en detrimento de la aplicación de principios morales o políticos, o renunciar a la lógica. En este sentido, el pragmatismo jurídico no es incompatible con el convencionalismo, pero marca una diferencia con las teorías clásicas del Derecho.

En resumen, el recorrido sobre las distintas concepciones para delimitar el pragmatismo jurídico me lleva a la siguiente reflexión. Al hablar de pragmatismo jurídico, no estamos en presencia de una teoría o de un cuerpo de doctrinas. Tampoco es una teoría de la interpretación jurídica o de la argumentación judicial. El pragmatismo jurídico podría considerarse una tradición que se inicia con Holmes sobre bases del pragmatismo clásico, en particular las obras de James y Dewey, acerca de las prácticas jurídicas y que tiene especial interés por las consecuencias sociales y políticas que derivan de la aplicación de las normas.

En conclusión, por **pragmatismo jurídico** entiendo un modo de identificar ciertas prácticas jurídicas con lo que podríamos considerar sustancialmente como Derecho, en particular lo que hacen los jueces a partir de sus decisiones judiciales en relación a las consecuencias sociales y políticas de la aplicación de las normas jurídicas.

III. Críticas al pragmatismo jurídico

El pragmatismo jurídico ha sido objeto de muchas críticas desde distintos puntos de vista. Ha sido criticado tanto por izquierda como por derecha. Algo similar sucedió con la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen. Mientras la derecha no le perdonaba el abandono del derecho natural y lo consideraban una vía de ingreso al comunismo, la izquierda lo acusaba de tradicionalista y burgués por adoptar una neutralidad axiológica. Esto explica en parte la leyenda negra en torno al positivismo jurídico, al atribuirle la responsabilidad de los estados totalitarios (de izquierda y de derecha) durante el siglo XX.

Asimismo, al igual que el positivismo, las críticas al pragmatismo jurídico en ocasiones derivan de confundir diferentes posturas dentro de esta tradición. Por ejemplo, es frecuente confundir las tesis del positivismo con el denominado positivismo ideológico, que no representa en nada la tesis defendida por John Austin, Hans Kelsen o H.L. Hart. De la misma manera, en el pragmatismo jurídico hay críticas que no podrían atribuirse a otros pragmatistas. Así, por ejemplo, las críticas de Dworkin al pragmatismo (de Posner) no representan en nada la postura de un autor clásico como Holmes o una autora contemporánea como Haack. Al contrario, denotan un desconocimiento de la tradición pragmatista clásica, como los aportes de Dewey en materia de ética y de la tradición jurídica a partir de Holmes.

Sin pretender abarcar todas las críticas, me centraré en cuatro puntos considerados por lo general como críticas al pragmatismo jurídico: “antiteórico”, “escepticismo moral”, “activismo judicial” y “tradicionalista”.

Respecto de las primeras dos críticas, éstas provienen de los embates de Dworkin (1986). En su obra *Law's Empire* lo acusa de “antiteórico” por carecer de una “teoría real de base” y de una “orfandad moral” para dar cuenta de la naturaleza del derecho que justifique las decisiones judiciales. Dworkin (1986) no aclara a qué versión del pragmatismo critica. Razón por la cual considerar que estas críticas corresponden a todo lo que podría identificarse con pragmatismo jurídico sería tener una versión reducida y parcializada.

Las críticas de Dworkin podrían sintetizarse así:

La primera crítica (i) es dar por sentado que el pragmatismo jurídico es la versión de Posner. Si uno analiza la forma en que Dworkin describe al pragmatismo jurídico está haciendo referencia a la concepción que tiene Posner sobre el pragmatismo

jurídico, quien rechaza la idea una teoría moral, política y jurídica como guía en las decisiones judiciales. (...) La segunda crítica (ii) es consecuencia de la primera sobre la “ausencia” de una teoría moral (Gorra, 2017, pp. 79-80).

En efecto, Posner (1996) adopta un enfoque antiteórico. Para este autor, el pragmatismo es una práctica instrumental, activista, empírica, escéptica y antidogmática, que defiende la primacía de las consecuencias. Además, sostiene que, al momento de afrontar un caso, no hay que preocuparse por la doctrina o los precedentes, sino buscar una solución satisfactoria al problema sin condicionamientos doctrinales. En el pragmatismo de Posner, la economía juega un rol importante para el Derecho, lo cual se advierte en su análisis sobre la resolución contractual. A diferencia de Dworkin, una teoría moral no tendría relevancia para los juicios morales ni relevancia práctica en las decisiones que día a día toman los individuos, ni mucho menos en un proceso judicial.

Ahora bien, todo esto representa un enfoque particular, no todo el pragmatismo jurídico. En efecto, la acusación de “antiteórico” puede ser respondida desde Holmes hasta Haack. En este sentido, Haack identifica algunos pasajes de la obra Holmes (1897) que dan cuenta de la preocupación teórica: “Aquello que me preocupa es la teoría, no los detalles prácticos. (...) El Derecho no padece de un exceso de teoría sino más bien de su defecto”. En este sentido, “Holmes aspira a nada menos que a una concepción teórica comprehensiva del Derecho *qua* institución en constante evolución”⁸ (citado por Haack, 2005, p. 19).

Con relación a la “orfandad moral” que Dworkin atribuye al pragmatismo, basta con mencionar, como señalé anteriormente, los aportes de un autor clásico como John Dewey⁹ ([1939] 2008) y contemporáneos como Todd Lekan (2003). En su obra *Teoría de los valores*, John Dewey expone un enfoque de la ética basado en el concepto “medios-fines”. Dewey sostiene que uno de los errores de las teorías acerca de los valores es “la ausencia

⁸ La traducción me pertenece.

⁹ Para profundizar en el pensamiento de Dewey en material de ética, se recomienda: *Ethics*, rev. ed. (John Dewey and James Tufts), in *Later Works*, vol. 7 (1932); *Lectures on Ethics, 1900-1901*, Ed. D. Koch, Carbondale: Southern Illinois University Press (1991); Dewey, J. (1994) *The Moral Writings of John Dewey*, J. Gouinlock (ed.), Buffalo, N.Y.: Prometheus Books.

de investigación empírica de las condiciones sociales reales bajo las cuales los deseos e intereses surgen y actúan, y en las que los objetos-fines, los fines-a-la-vista, adquieren su contenido efectivo” (2008, p. 113). Dewey diferencia entre conductas donde sólo intervienen impulsos vitales y hábitos, de aquellas donde hay un “fin a la vista”. Cuando hay un “deseo-fin a la vista” éste se interpone entre el impulso vital y la ejecución de esa actividad. Razón por la cual, el impulso y hábito se modifican y sólo en ese caso es cuando la valoración tiene lugar.

Este hecho, a su vez prueba que siempre que hay valoración está presente un factor intelectual –un factor de investigación–, pues el fin-a-la-vista se forma y se proyecta como aquello que, si se actúa desde él, proveerá la necesidad o la carencia existente y resolverá el conflicto (Dewey, 2008, p. 114).

En resumen, para Dewey los fines son limitados y constituyen nuevos medios para consecución de otro fin. Asimismo, sostiene que la conducta humana no puede estar sujeta a principios o reglas fijas, por encontrarse en un contexto culturalmente situado y cambiante.

En referencia a Dewey, Lekan sostiene:

Dewey desarrolla una interesante explicación de los hábitos en Naturaleza humana y conducta que hace hincapié en la propiedad holística e interpenetrante de las consideraciones prácticas. Para Dewey, los hábitos no son respuestas mecánicas de memoria, sino patrones dinámicos de respuesta que ayudan a centrar el comportamiento y la atención. Debemos pensar en los hábitos en sentido amplio, como formas concretas de pensar, sentir y hacer. Un hábito puede manifestarse en muchas prácticas y actividades. Su carácter y significado solo pueden determinarse a la luz de su papel en una actividad o práctica y de sus conexiones con otros hábitos (2003, p. 27).

Sobre la base de la concepción de ética de Dewey, Todd Lekan (2003) propone identificar las normas morales como herramientas para la toma de decisiones. Si bien la moral es una práctica racional, ésta es falible. Estas prácticas se transmiten de generación en generación, no como verdades eternas sino hábitos adquiridos mediante reflexiones. Estos hábitos pueden cambiar según las circunstancias, pero cuando una norma es adquirida como hábito, pasa a formar un patrón de conducta. De

esta manera, frente a un caso particular se evaluará qué decisión tomar de acuerdo al juicio del observador.

Es importante destacar la distinción efectuada por Dewey de reglas y principios:

Las reglas son prácticas; son formas habituales de hacer las cosas. Pero los principios son intelectuales; son métodos finales utilizados para juzgar cursos concretos de acción... El objeto de los principios morales es proporcionar puntos de vista y métodos que permitan al individuo hacer por sí mismo un análisis de los elementos del bien y el mal en una situación particular. Un principio moral... le da al agente una base para mirar y examinar una pregunta particular que surge. Le presenta ciertos aspectos posibles del acto; le advierte contra tomar una visión corta o parcial del acto (Dewey y Tufts, 1981, p. 280).

De la distinción de Dewey advertimos que, a diferencia de Dworkin, el principio no es una guía que ofrece la solución correcta, sino sólo una guía de referencia para tomar una decisión. Además, debemos recordar que desde el pragmatismo de Dewey y Holmes no se adhiere a un objetivismo moral¹⁰, sino a un falibilismo moral. En efecto, hay muchos desacuerdos morales, razón por la cual la elección de un principio dependería de las particularidades del caso y no de un sistema moral objetivo. Adoptar el objetivismo moral implicaría desconocer la falta de precisión moral sobre temas de discusión y el carácter falible de los actos humanos.

Elaborar un “estándar” o “principio” de acuerdo a la experiencia es mucho más práctico para identificar el origen de una decisión. El pragmatismo no parte de una única premisa, sino de entre varias posibles. De esta manera, es “moralmente necesario” que una decisión no dependa de una “validez moral”. En este sentido, el pragmatismo jurídico adopta como criterio de

¹⁰ Otros autores vinculados con la tradición del pragmatismo han efectuado contribuciones sobre una argumentación moral objetiva: Putnam, Hilary (2004) *Fact/Value Dichotomy and other essays*, Harvard University Press; Davidson, Donald (2001) *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford: Clarendon Press; Nagel, Thomas (2001) *The Last Word*, Oxford University Press; Brandom, Robert (2001) *Articling Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press.

validez la experiencia, sin que esto implique apartarse de las reglas.

Una de las principales objeciones de Dworkin al pragmatismo tiene que ver precisamente con que los jueces deciden en función de argumentos políticos y no de principios morales. Ahora bien, los argumentos políticos pueden ser tan válidos como los principios. Tal vez el problema de Dworkin sea pretender que el pragmatismo deba dar cuenta del “valor de la integridad” dworkineano, algo que el pragmatismo jurídico no se ha propuesto como objetivo.

En definitiva, los aportes de un clásico como Dewey ([1939] 2008) y un contemporáneo como Lekan (2003) son dos ejemplos de desarrollos éticos desde el pragmatismo que dejan en evidencia el desconocimiento de Dworkin sobre el tópico pragmatismo en materia ética. En lo que respecta a las críticas de “tradicionalista” y “activismo judicial” desde la izquierda y la derecha respectivamente, Daniel Farber (1995) también considera que estas críticas apuntan al pragmatismo de Posner. Con respecto a las críticas de izquierda, señala:

La crítica estándar al pragmatismo desde la izquierda puede explicarse volviendo a la metáfora de la red. La red proporciona mayor seguridad, pero al mismo tiempo, podría argumentarse, obstaculiza el cambio al enredarse con el statu quo. En la medida en que los pragmatistas se basan en la coherencia con creencias existentes como base para tomar decisiones, esas creencias limitan la posibilidad de mejoras radicales, e incluso las propias creencias se legitiman mediante su uso repetido. (Eskridge citado por Farber, 1995, p. 170)

Respecto de las críticas de derecha, se ha acusado al pragmatismo de fomentar el activismo judicial:

Desde la derecha surge una crítica diferente. La queja conservadora no es que el pragmatismo sea demasiado propenso a resistirse al cambio, sino, por el contrario, que invita al activismo judicial. Dada la ecléctica colección de herramientas de que dispone el juez pragmático, éste tiene vía libre para aplicar su propia visión de la política social.. (Dworkin, citado por Farber 1995, p. 170)

Como resultado, las decisiones judiciales pueden llegar a ser impredecibles, o al menos desvinculadas de fuentes de legitimidad como el precedente y el texto. De este modo, lo que se consideran algunas de las principales

virtudes del Estado de derecho pueden estar en peligro.
(Faber, 1995, p. 170)

Sobre ambas críticas –de izquierda y de derecha–, Farber (1995, p. 171) considera: “Los temores de los críticos de ambos bandos convergen en el principal exponente judicial contemporáneo del pragmatismo, Richard Posner”. De todas maneras, el autor opina que las críticas a Posner son exageradas. En efecto, Posner ha defendido un firme control del razonamiento jurídico convencional en la mayoría de sus opiniones judiciales, por lo que no aplicaría como “activista judicial”. Por otro lado, sobre la etiqueta de “quietismo” o “tradicionalista”, su análisis económico del Derecho que parecería ajeno a los valores humanos más profundos, comenzó a mostrar pasión por cuestiones de principios como en *Central States, Southeast & Southwest Areas Pension Fund v. Lady Baltimore Foods*¹¹.

Al respecto, Faber responde a estas críticas por intermedio de un reconocido pragmatista jurídico, quien fuera magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos: Louis Brandeis. Este magistrado tiene puntos de contacto con Holmes y Dewey. Respecto del primero, pese a la diferencia de edad, fueron contemporáneos. Si bien ambos fueron testigos de la Guerra Civil estadounidense (1861-1865), Holmes fue combatiente y Brandeis solo tenía cuatro años, pero “guardaba en sus memorias cuando su madre servía café a los soldados de la Unión” (Philippa, 1993, p. 14, citado por Farber, 1995, n. 51, p. 172).

Con el tiempo los dos compartieron magistratura en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Además, al igual que Holmes, Brandeis fue reconocido como exponente del pragmatismo jurídico por parte de John Dewey.

Farber (1995) considera que Brandeis no puede ser encasillado de pasividad judicial ante las acusaciones de “tradicionalismo” o “quietismo” atribuidas al pragmatismo jurídico. Pero, por otro lado, tampoco podría ser etiquetado de “activista judicial”:

Quando fuera apropiado, era partidario de la innovación judicial audaz para hacer valer los derechos individuales. Pero también creía firmemente en lo que Alexander Bickel llamaría más tarde las «virtudes pasivas», incluida la atención escrupulosa a las limitaciones del poder judicial como la legitimación y la madurez (p. 177).

11 Inc, 960 F.2d 1339 (7th Cir. 1992).

Algunos de los fallos judiciales donde intervino Brandeis, como en *Ashwander v. TVA*, sus argumentos pueden dar cuenta de su no “activismo judicial”:

La declaración más conocida de Brandeis sobre las limitaciones del poder judicial se encuentra en su opinión concurrente en *Ashwander v. TVA*. La concurrencia de *Ashwander* enumera la jurisprudencia previa sobre la evitación de cuestiones constitucionales, incluyendo la discusión sobre el interés legítimo y diversas doctrinas prudenciales (como el principio de interpretar estatutos para evitar dudas constitucionales). Por primera vez, la concurrencia de Brandeis fusionó lo que había sido una miscelánea de casos que se negaban a abordar el fondo de varios desafíos constitucionales en el inicio de un conjunto unificado de doctrinas. En un sentido muy directo, la concurrencia de *Ashwander* fue el precursor del clásico manual de jurisprudencia federal de Hart y Weschler. (Farber, 1995, p. 177)

Para finalizar, Farber (199, p. 178) sostiene: “In short, for those who fear that pragmatism is incompatible with respect for the conventional legal process, Brandeis is a compelling counterexample”.

Esta última conclusión de Farber es interesante destacarla, ya que el pragmatismo de Holmes tampoco es incompatible con una versión convencionalista del Derecho.

Por último, frente al cargo de pasividad judicial atribuido por la izquierda, Farber destaca:

Ciertamente, nada en la trayectoria previa a la Corte de Brandeis justifica tal acusación. Aunque no podemos detallar su carrera anterior a la Corte aquí, en muchos aspectos fue el Thurgood Marshall de su generación. Fue un destacado defensor de las fuerzas progresistas en áreas que abarcaban desde el derecho laboral y la conservación hasta la protección del consumidor y las restricciones al gran negocio. Abogaba por una transformación radical de las relaciones laborales hacia la democracia económica. Es cierto que no era un revolucionario, una categoría de la cual este siglo ha tenido más que suficiente. Pero difícilmente se le puede acusar de aceptar complaciente el status quo. En la Corte, Brandeis y Holmes fueron los principales defensores de opiniones progresistas durante buena parte de sus

mandatos, al igual que Brennan y Marshall lo serían en una era posterior. (Farber, 1995, p. 179)

En conclusión, enfoques como el de Holmes, y en particular el de Brandeis, ponen en evidencia que las críticas hacia el pragmatismo jurídico no diferencian tradiciones. Probablemente, algunos argumentos de ambos magistrados según el caso puedan estar más cercanos a un “activismo” y en otros a una “pasividad”. Sin embargo, una reducción parcial de sus opiniones sin tener en cuenta el contexto, nos lleva a una versión parcializada de su pensamiento. Si recordamos el pasillo del hotel de Papini, en algunos casos habrá un juez resolviendo “activamente” y en otros con una actitud “cautelosa”. Pero de eso se trata en parte el pragmatismo, tener en cuenta la pluralidad de alternativas para tomar una decisión de acuerdo con las particularidades del caso. La misma experiencia aporta los estándares de decisión para evitar caer en un particularismo del juez.

IV. El Derecho como fenómeno social y una lógica experimental

Hay dos trabajos de Dewey que podríamos considerar base para el desarrollo de la tradición del pragmatismo jurídico, en particular el de Holmes: *My Legal Philosophy* y *Logical Method and Law*. Respecto del primero, Dewey (1993) parte de la base de considerar el Derecho como un fenómeno social en su origen y aplicación. Se trata de la búsqueda de “el estándar o criterio para evaluar las reglas y prácticas jurídicas existentes” (1993, p. 338). En efecto, para Dewey el Derecho no puede ser considerado una entidad separada del complejo de fenómenos sociales. Tiene que ser discutido en el contexto concreto de las condiciones sociales. En este sentido, expresa: “Una determinada disposición legal es lo que hace, y lo que hace pertenece al campo de la modificación y/o el mantenimiento de las actividades humanas involucradas. Sin aplicación, hay pedazos de papel o voces en el aire, pero nada que se pueda llamar Derecho” (Dewey, 1993, p.340).

Este enfoque del Derecho como fenómeno social lo diferencia de tesis tradicionales como el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Del primero, rechaza la metafísica, la idea de buscar un fundamento o finalidad última, la cual no se condice con la dinámica de los hechos sociales que regula el Derecho. No es posible una fuente externa al hecho social como criterio objetivo regulador. En este orden de ideas, el Derecho es

experiencia, no puede analizarse fuera de la dinámica de las actividades en desarrollo y sus consecuencias. Al respecto, Dewey (1993, p. 341) sostenía:

Como asunto de teoría metafísica pura, una persona puede seguir teniendo una opinión negativa del tiempo y de las cosas afectadas por las condiciones temporales. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, el reconocimiento de un relativamente bajo nivel de cambio por parte de ciertos componentes de la acción social está en grado de responder a toda función útil y prácticamente necesaria que, en el pasado, y en otros contextos culturales, condujo a asumir fuentes externas tales como la Voluntad o la Razón de Dios, el derecho natural en la teoría medieval y en filósofos como Grocio y sus sucesores, la Voluntad General en Rousseau y la Razón Práctica en Kant.

Por otro lado, Dewey (1993) también rechazó propuestas como la teoría austineana en su intento de racionalizar y llevar las reglas y las instituciones jurídicas hacia la esfera de la acción ponderada y finalizada, a expensas de los resultados comparativamente no planificados de las costumbres interpretadas en las decisiones judiciales. “Esta doctrina ha perdido mucho de su atractivo original porque el desarrollo de las ciencias sociales, es decir, de la historia, la antropología, la sociología y la psicología, ha contribuido a hacer de la soberanía, al máximo, una expresión del funcionamiento de una vasta multitud de fuerzas sociales y, en el peor de los casos, una mera abstracción” (Dewey, 1993, p. 342).

En resumen, una idea central de *My Legal Philosophy* es la propuesta de establecer estándares de juicio extraídos de las consecuencias, de lo que socialmente ocurre. De esta manera se busca integrar la práctica del Derecho con la teoría.

Si esta visión tuviera aceptación general, se tendría la seguridad de introducir a gran escala el factor racional en las evaluaciones concretas de las reglas jurídicas. En efecto, mediante el empleo de los mejores métodos científicos y materiales disponibles, se requiere que, en el contexto de situaciones reales, la inteligencia sea usada para investigar las consecuencias de las reglas jurídicas, de las decisiones legales propuestas y de los actos legislativos (Dewey, 1993, p. 343).

A pesar de que el enfoque del Derecho como dinámica social y sus críticas sobre el formalismo de la teoría clásica pudiera ser considerado un abandono de la lógica, este punto de vista sería errado. En efecto, *Logical Method and Law* da muestras del uso de la lógica por parte de Dewey con relación al Derecho. A partir de ahí, distingue conductas de primer y segundo tipo.

Entre las primeras, se refiere a aquellas realizadas en forma intuitiva sin una reflexión acerca de las consecuencias. Con relación a estas conductas, Dewey (1924, p. 17) afirmaba: “No actúan por deliberación, sino por rutina, instinto, la presión directa del apetito o una corazonada ciega”.

Mientras que en las conductas de segundo tipo la acción sigue a la decisión, luego de comparar alternativas y ponderar hechos. En estas decisiones entran en juego la deliberación y el pensamiento. Al respecto, Dewey (1924) diferencia entre razones y principios: “Las consideraciones que tienen peso a la hora de llegar a una conclusión sobre lo que hay que hacer, o que se emplean para justificarla cuando se cuestiona, se denominan «razones». Si se enuncian en términos suficientemente generales, son 'principios' (p. 17).

A partir de esta distinción de conductas, Dewey (1924) describe su lógica como una teoría de las descripciones de los procedimientos de la toma de decisiones en las conductas del segundo tipo. De esta manera, se trata de identificar con relación a la experiencia, cuáles son las mejores decisiones que podrían haberse tomado de entre las alternativas posibles. Este es un aspecto importante con relación a la ética, la teoría del Derecho y en la tradición del pragmatismo jurídico. Las decisiones – éticas o jurídicas– se toman en función de las alternativas posibles, conforme a la experiencia. De ahí, la idea de evaluar las consecuencias de la aplicación de una norma en las decisiones judiciales. Por consiguiente, la teoría de lógica de las descripciones de Dewey constituye un método para el razonamiento judicial. Al respecto, Dewey (1924) afirmaba:

En el derecho ciertamente nos ocupamos de la necesidad de decidir sobre un curso de acción a seguir, emitiendo juicio de un tipo u otro a favor de la adopción de un modo de conducta y en contra de otro. Pero el alcance de la posición adoptada será más evidente si no nos conformamos con esta respuesta ad hoc (p. 18).

Para Dewey (1924), no hay diferencia entre el procedimiento de toma de decisiones entre un ingeniero, un médico o un juez. En cada disciplina se hacen inferencias y verificaciones, similar al trabajo de un investigador. Todo ello constituye la base

empírica para la teoría lógica. En material judicial, la concepción de la lógica se focaliza entre la disparidad que existe entre el desarrollo jurídico real y los requisitos de la teoría lógica. Así, en *Logical Method and Law* Dewey cita a Holmes:

El esquema completo del derecho es el resultado de un conflicto en cada punto entre la lógica y el buen sentido, donde la primera intenta llevar las ficciones a resultados consistentes, mientras que el segundo restringe y finalmente supera ese esfuerzo cuando los resultados se vuelven manifiestamente injustos. (...) El lenguaje de la decisión judicial es principalmente el lenguaje de la lógica. Y el método y la forma lógicos halagan ese anhelo de certeza y de reposo que está en toda mente humana. Pero la certeza en general es una ilusión (Holmes [1920], citado por Dewey, 1924, p. 20).

Por supuesto, Dewey no rechaza el uso de la lógica, al contrario, destaca su carácter instrumental. Pero a los fines prácticos de tomar una decisión judicial, considera la lógica formal limitada. En este orden de ideas, la lógica de la demostración rígida no daría métodos para tomar decisiones adecuadas en situaciones concretas. Con su teoría de las descripciones, Dewey (1924) propone un método lógico para el razonamiento judicial teniendo en cuenta el hecho particular basado en la experiencia. En la propuesta de Dewey, un juez no partiría de premisas generales y universales, sino de hechos complejos y confusos, evaluando modos alternativos de solución posible. En este sentido, el problema no es derivar conclusiones de premisas, sino encontrar las premisas adecuadas. Esa búsqueda consiste en investigar las particularidades del caso. De esta manera, mientras más datos se obtienen, van variando las reglas jurídicas aplicables al caso. La experiencia cumple una función clave, porque constituye la base para emplear la lógica.

Este enfoque deweyano de la lógica basada en la experiencia se conecta con la identificación que hace del Derecho como hecho social cambiante en *My Legal Philosophy*. En la dinámica cambiante de las relaciones sociales, resulta complejo pretender que una premisa general abarque todos los casos. En la mayoría de casos particulares, la experiencia siempre es más vasta que la generalidad del caso que pudo prever un legislador al elaborar la ley. En este sentido, una vez más Dewey (1924, p. 22), cita a Holmes: “General propositions do not decide concrete cases”. En este orden de ideas, Dewey (1924) concluye:

Si confiamos en una lógica experimental, descubrimos que los principios generales surgen como afirmaciones de formas genéricas en las cuales ha resultado útil tratar casos concretos. La verdadera fuerza de la proposición de que todos los hombres son mortales se encuentra en las tablas de expectativas de las compañías de seguros, que junto con sus tarifas correspondientes muestran cómo es prudente y útil socialmente abordar la mortalidad humana. (p.22)

Dewey (1924) admite la importancia de un aparato conceptual claro con definiciones precisas. Pero insiste en la necesidad de que la premisa como antecedente debe construirse a partir de los hechos, no de las reglas: “Por supuesto, hay muchas razones para que las normas jurídicas sean lo más regulares y definidas posible. Pero la cantidad y el tipo de garantía previa que es realmente alcanzable es una cuestión de hecho, no de forma.” (p. 27).

En conclusión, la propuesta de Dewey sobre una lógica basada en la experiencia plantea la necesidad de analizar todas las particularidades del caso en la búsqueda de una premisa elaborada a partir de la investigación. Luego la lógica ofrecería el control racional sobre la conclusión arribada, pero el antecedente siempre estará sujeto a la dinámica de los hechos sociales, y tal vez en otra situación la premisa cambie, y en consecuencia las reglas aplicables.

V. Práctica judicial y método de caso

De acuerdo con una caracterización general de la teoría jurídica clásica, un sistema jurídico se completa a través de una formalidad universal de un orden conceptual. En este sentido, categorías y principios básicos formarían un sistema conceptualmente ordenado por encima de un gran número de reglas de nivel inferior. Las reglas idealmente constituirían las tenencias de precedentes establecidos, que según el análisis derivan de los principios. Ante este enfoque, Holmes (1897) explicaba las limitaciones de querer resolver todo deductivamente y la necesidad de que los jueces tengan conocimientos sobre economía, sociología, psicología, estadísticas, etc. Razón por la cual Holmes es considerado como un precursor del realismo jurídico, a pesar de que cuando surgió el realismo, Holmes se había retirado de la actividad judicial.

Al respecto, César Sebastiá (2006) considera que la conexión de Holmes con el realismo jurídico es exagerada. En este sentido, el autor sostiene que “simbólicamente se toma como presentación en sociedad del movimiento realista un artículo publicado por Karl Lewellyn¹² en 1931. Holmes, quien ya estaba a punto de retirarse de la Corte Suprema, no tomó parte activa en esa gestación” (Sebastiá, 2006, p. 16).

Grey (2015) destaca que el pensamiento moderno del Derecho americano comenzó con Holmes a partir de la siguiente premisa: primero debe estudiarse el caso y luego ver qué principios son aplicables. Esto contrastaba con los sistemas jurídicos continentales basados en códigos en los que, conforme al método dogmático, las soluciones se inferían deductivamente de las normas al caso particular. Sobre este tema, Holmes sostenía:

La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época, las teorías morales y políticas prevalecientes, las intuiciones de política pública, declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, han tenido mucho más que ver que el silogismo a la hora de determinar las normas por las que deben regirse los hombres. La ley encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos, y no puede tratarse como si solo contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. ([1881], 2001, p. 5)

De todas maneras, esta frase no debe mal interpretarse. Ni Holmes ni el pragmatismo jurídico renuncian a la lógica. Incluso el fundador del pragmatismo, Charles Peirce (1970) destacaba la importancia del razonamiento lógico, en particular la abducción. A diferencia del razonamiento deductivo, en el cual q se infiere de p (si p entonces q), en la abducción se intenta explicar q por intermedio de p . La abducción se define como el proceso por el que se forma una hipótesis explicativa. Así, es la única operación lógica que introduce una idea nueva. ¿Cómo funciona esto? En primer lugar, se examinan los hechos que sugieren nuevas ideas. Sin embargo, puede ocurrir que el razonamiento no tenga fuerza. Si la abducción sugiere una nueva idea recurrimos a la deducción para deducir a partir de esa teoría ideal una promiscua variedad de consecuencias, que a tal efecto,

12 “Some Realism About Realism, Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, v. 44, 1941.

si realizamos ciertos actos, nos encontraremos enfrentados con ciertas experiencias. Cuando procedemos a intentar esos experimentos, y si las predicciones de la teoría se verifican, tenemos una confianza proporcionada en que los experimentos que aún no se han intentado confirmarán la teoría.

De acuerdo con la tesis de Holmes, de partir del estudio de casos, la Escuela de Leyes de Harvard comenzó a formar a sus estudiantes en esa metodología de análisis. Por ejemplo, Grey (2015) señala que Langdell comenzó a impartir clases sobre *contract law* (contratos) utilizando el *method case*. Langdell cambió el foco de tradicional de enseñanza que iba de los principios abstractos al caso, promoviendo de esa manera la propuesta de Holmes. En este sentido, hay cuatro puntos que Grey caracteriza de Holmes sobre su metodología:

1. La prioridad de la práctica.
2. El derecho como experiencia.
3. El derecho como lógica.
4. El derecho como predicción.

En 1, un teórico del pragmatismo jurídico incluirá la pregunta sobre la ley en contexto y la dirección para un propósito, y así puede alcanzar respuestas diferentes y aparentemente inconsistentes, ya que el contexto y el propósito varían. Desde esta perspectiva, el juez puede hacer un análisis del concepto jurídico variable.

En 2, la ley está constituida en contexto situado. Por otro lado, es un instrumento para lograr fines y servicios socialmente deseados. Si partimos de la idea del derecho como práctica social, estaremos más cerca de lo que sustancial podemos identificar como derecho.

En 3, Holmes no reniega de la lógica, sino de la idea de una lógica deductiva donde principios generales ofrecerían soluciones deductivas.

En 4, cuando el juez toma una decisión debe tener en cuenta las consecuencias sociales de la misma. En este sentido, las normas o la jurisprudencia son expectativa acerca de lo que los jueces pueden llegar a resolver. El derecho pasa a ser un instrumento predictivo. Todos estos elementos (práctica, experiencia, lógica y predicción) entran en juego al momento de tener que abordar un estudio de caso y resolverlo.

Por lo general, en los países con base en el sistema jurídico continental (*civil law*) de tradición romanista, nuestras escuelas de leyes han enseñado por intermedio de la subsunción, es decir, aplicar la norma o ley al caso jurídico. La propuesta del pragmatismo jurídico con base en el método de caso es diferente: partir del caso particular y luego ver la norma aplicable, para considerarlas diferentes consecuencias sobre la

forma de resolverlo. Partir del caso nos permite ver las diferentes alternativas para adoptar una solución jurídica.

Esta perspectiva del pragmatismo jurídico ofrece una opción metodológica para acercarnos a una solución más efectiva.

Pensemos en un caso complejo como la identificación de la “violencia de género” en un ilícito penal. Por ejemplo, el inciso 11 del artículo 80 del *Código Penal* argentino agrava el homicidio cometido en contexto de violencia de género (femicidio). Si analizamos el tipo penal, distinguimos:

Elementos descriptivos:

Sujeto activo: sexo masculino

Sujeto pasivo: sexo femenino

Elemento normativo: violencia de género.

En base a estos datos podríamos armar el siguiente silogismo judicial:

Si un hombre mata a una mujer en un contexto de violencia de género, deberá ser condenado por homicidio agravado.
(femicidio)

Juan mató a Luisa en un contexto de violencia de género.

Juan debe ser condenado por homicidio agravado (femicidio)

El término medio que nos permite inferir la conclusión es el término “violencia de género”.

Ahora bien, el *Código Penal* argentino no ofrece una definición de violencia de género; en cambio la Ley 26.485 (Protección Integral de la Mujer) en su artículo 4° da una definición: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. Por su parte, el artículo 5 se refiere a tipos de violencia de género y el artículo 6, a modalidades de violencia de género.

Hay un gran marco conceptual que el juez tiene para poder identificar si el homicidio fue en un contexto de violencia de género. Sin embargo, las inferencias que el juez puede hacer no son deductivas. Cada uno de los elementos que se ofrecen para configurar la violencia de género deberán acreditarse. Por otro lado, no todo homicidio es un femicidio. La clave está en identificar la violencia de género para poder agravar el homicidio.

Un dato a tener presente es que el concepto de violencia de género tiende a expandirse. Con el tiempo se van agregando nuevas conductas o situaciones que se incluyen dentro de la violencia de género. Teniendo en cuenta el carácter contingente de los términos jurídicos, las inferencias no pueden ser deductivas, sino a partir de la experiencia del caso en particular que es el que aporta datos. En efecto, el juez deberá valorar no solo en función de los elementos normativos, sino en función del contexto en el cual está inserto el caso.

Esto puede verse claramente en los fallos sobre femicidio. En los considerandos se tienen en cuenta factores sociales, políticos y culturales que tal vez no estén expresamente en la norma, pero están implícitos en los objetivos internos del sistema jurídico, los objetivos de la legalidad.

Si analizamos el artículo 4° de la ley 26.485 (Protección Integral de la Mujer), hay expresiones que a su vez tienen que ser definidas: “relación desigual de poder”, “criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”. Si bien los jueces tienen una facultad discrecional para interpretar, no pueden perder de vista que como mínimo debe haber una justificación para validar la premisa y poder afirmar que estamos en presencia de un contexto de violencia de género.

Ahora bien: ¿tiene el método de caso una aplicación efectiva en este tipo de delitos complejos? Casos como los de violencia de género representan situaciones complejas de la vida real, a partir de datos que resultan ser esenciales para el proceso de análisis. El método de casos demanda un proceso de discusión donde se van alternando diferentes aspectos:

Resultado: Juan deberá ser condenado por homicidio agravado (femicidio).

Regla: Si un hombre mata a una mujer en un contexto de violencia de género deberá ser condenado por homicidio agravado (femicidio).

Caso: Juan mató a Luisa en un contexto de violencia de género.

Este modo de razonamiento necesita una justificación empírica. Sin embargo, la confirmación no podría ser absoluta sino sólo probable. En este sentido, existirá una abducción correcta si la *Regla* elegida para explicar el *Resultado* se confirma tantas veces de modo que la probabilidad prácticamente equivale a una razonable certeza y si no existen otras reglas que expliquen igualmente bien o mejor los fenómenos en cuestión.

Este tipo de razonamiento sería aplicable al estudio de casos, donde partimos de una aserción (hechos) y luego intentamos confrontar las reglas para ver las consecuencias.

La complejidad de los homicidios en contextos de violencia de género exige una clara identificación de las premisas para estar seguros de la regla aplicable, y predecir que estamos en presencia de un femicidio. Mientras más datos empíricos, mayor probabilidad del tipo penal aplicable.

En conclusión, un enfoque pragmatista por intermedio del método de casos puede dar cuenta de las complejidades que se presentan en los casos particulares. Así, el método de casos es una alternativa para abordarlos. En este sentido el método de casos constituye un proceso de análisis donde interactúan las características que podemos señalar del Derecho, de acuerdo al enfoque de Holmes: práctica, experiencia, lógica y predicción.

El método de casos permitiría, en primer lugar, identificar cuáles son las premisas empíricas que van a confirmarse o no. Se trata de agotar en profundidad el análisis, y luego confrontar las reglas generales para confirmar esa premisa. Esta perspectiva ofrecería una visión más amplia para los operadores jurídicos.

VI. Conclusión

Al comenzar este trabajo me propuse dos objetivos. Por un lado, describir algunos de los aportes más relevantes por parte de John Dewey y Oliver W. Holmes Jr. a la teoría del Derecho desde el pensamiento pragmatista. Por otro lado, acercar al lector de habla hispana al pensamiento de dos autores poco estudiados en nuestra tradición del sistema legal continental. Para ello comencé describiendo las diferentes caracterizaciones y nociones en la literatura sobre los que podemos entender por “pragmatismo jurídico”. De esta manera, con relación a este punto, el pragmatismo jurídico no puede ser encasillado en una teoría o doctrina, sino en un modo de ejercer la práctica del Derecho con base en los postulados del pragmatismo, donde se tiene principal atención a las consecuencias sociales y políticas que derivan de la aplicación de las normas.

Asimismo, analicé algunas de las críticas al pragmatismo jurídico en las que se advierte que, en la mayoría de los casos, estas son infundadas por desconocer y confundir los diferentes enfoques dentro de esta tradición. En efecto, no es lo mismo el pragmatismo de Richard Posner que el de Susan Haack. En particular, las críticas de Dworkin desconocen los aportes en materia ética desde un enfoque pragmatista como el de Dewey, y, más cercanos en el tiempo, los aportes de Todd Lekan basados en la ética deweyana. Esta concepción ética del pragmatismo se diferencia de puntos de partida deontológicos y utilitaristas, ya que se basa en la experiencia desde donde extrae los estándares para evaluar entre todas las opciones posibles sin desconocer el carácter falible de los actos morales humanos. Incluso, algunas de las críticas resultan ser contradictorias entre sí, cuando se etiqueta al pragmatismo jurídico como “activista judicial” o “tradicionalista”. En resumen, en materia de críticas a esta tradición, hay que tener la cautela de diferencias a qué autor de la tradición se apunta y desde dónde viene la crítica, si por derecha o por izquierda.

Luego centré mi análisis en la forma en que Dewey identifica al Derecho como fenómeno social y el rol de la lógica para validar las decisiones judiciales. Como fenómeno social, el Derecho no podría ser considerado en forma aislada. Éste forma parte de la dinámica compleja de las relaciones humanas en sociedad. En este sentido, el argumento de Dewey es coherente con su teoría lógica de las descripciones. Al respecto, Dewey intenta mostrar la dificultad de resolver un caso en un esquema rígido como el silogismo judicial o por intermedio de fuentes externas, por lo que rechaza el “formalismo jurídico” y cualquier tipo de doctrina metafísica como el iusnaturalismo, respectivamente. La importancia de investigar y extraer datos es clave para elaborar la premisa respecto de la cual se efectuará la decisión judicial. En el desarrollo de su lógica de las relaciones, Dewey se apoya en citas de Holmes, como el ejemplo para una lógica de la experiencia.

De esta manera, el trabajo concluye con una descripción de una práctica judicial pragmatista en base al análisis del método de caso, que da cuenta de la integración entre experiencia y razonamiento judicial. La necesidad de situar el caso judicial en un contexto y evaluar las consecuencias sociales y políticas dentro todas las alternativas posibles constituye una marca registrada de la labor judicial de Holmes durante su vida activa en la magistratura. Sus decisiones judiciales son ejemplo de ello.

En conclusión, la tradición del pragmatismo jurídico aún no ha sido estudiada con la profundidad suficiente. No he pretendido abarcar todo el pensamiento de Dewey y Holmes,

sino ofrecer un acercamiento introductorio a ambos autores poco estudiados en nuestra geografía. En este sentido, hay muchos aspectos interesantes en materia ética y jurídica que podrían contribuir en la formación de nuestros estudiantes de Derecho, abogados y jueces. Se trata de reflexionar nuestras prácticas jurídicas desde otras perspectivas.

Bibliografía

- Alberstein, M. (2002). *Pragmatism and law: From philosophy to dispute resolution*. Dartmouth: Ashgate.
- Butler, B. E. "Legal pragmatism". En *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado el 9 de noviembre de 2020, de <https://iep.utm.edu/leglprag/>.
- Dewey, J. (1924). "Logical method and law", *Cornell Law Review*, 10, 17. Recuperado en: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>
- Dewey, J. (2008). *Teoría de la valoración. Un debate sobre la dicotomía de hechos y valores*. Madrid: Biblioteca Nueva. (En inglés: *Theory of Valuation, International Encyclopedia of Unified Science*, vol. 2, n. 4, Chicago, University of Chicago Press, 1939 [LW, 13, 189-251]).
- Dewey, J. (1981). *The later works, 1925-1953* (J. A. Boydston, Ed.). Carbondale: Southern Illinois University Press.
- Dewey, J. (2013). "Mi filosofía del derecho", *Revista de Derecho Privado*, (24), 337-343. (Publicado originalmente en: *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, bajo la dirección de la Julius Rosenthal Foundation, Northwestern University, Boston: Boston Law Book Co., 1941, pp. 73-85).
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge: University Press.
- Farber, D. A. (1995). "Reinventing Brandeis: Legal pragmatism for the twenty-first century", *University of Illinois Law Review*, 163. Recuperado en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/354>
- Farber, D. A. (1988). "Legal pragmatism and the constitution", *Minnesota Law Review*, 72, 1331-1378.
- Gorra, D. G. (2017). "Una respuesta a las críticas de Dworkin al pragmatismo jurídico desde la perspectiva ética de Dewey", *Kairos Revista de Temas Sociales*, (40), 76-86.
- Grey, T. C. (2014). *Formalism and pragmatism in American law*. Boston: Brill.
- Grey, T. C. (1990). "Hear the other side: Wallace Stevens and pragmatist legal theory", *Southern California Law Review*, 63, 1569-1595.

- Haack, S. (2005). "On legal pragmatism: Where does 'The path of the law' lead us?", *The American Journal of Jurisprudence*, 50, 51-105.
- Holmes, O. W. Jr. (1897). "The path of the law", *Harvard Law Review*, 10, 457. Recuperado en: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>
- Holmes, O. W. Jr. (2001). *The common law* ([1881]). University of Toronto Law School: Typographical Society.
- Howe, M. D. (Ed.). (2015). *The Pollock-Holmes letters: Volume 2: Correspondence of Sir Frederick Pollock and Mr. Justice Holmes 1874-1932 (Paperback)*. Cambridge University Press.
- James, W. (1906). "G. Papini and the pragmatist movement in Italy". En Burkhardt, F., Bowers, F., & Skrupskelis, I. (Eds.), *The works of William James* (Vol. 5, pp. 144-148). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Leiter, B. (1997-98). "Naturalism and pragmatism in legal theory". En "Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence", *Virginia Law Review*, 76, 267-315.
- Lekan, T. (2003). *Making morality: Pragmatist reconstruction in ethical theory*. Vanderbilt University Press.
- Lovejoy, A. O. (1908). "Lovejoy". *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 5(1), 5-12.
- Papini, G. (1961). "Pragmatismo". En *Tutte le opere di Giovanni Papini* (Vol. 2, pp. 329-468). Verona: Arnoldo Mondadori.
- Papini, G. (2011). *Pragmatismo*. Buenos Aires: Cactus.
- Patterson, D. (1990). "Law's pragmatism: Law as practice and narrative", *Virginia Law Review*, 76, 937-998.
- Peirce, C. S. (1905). "What pragmatism is?", *The Monist*, 15(2), 161-181.
- Peirce, C. S. (1970). *Deducción, inducción e hipótesis*. Buenos Aires: Ed. Aguilar.
- Rorty, R. (1982). *Consequences of pragmatism*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Sebastiá, C. A. (2006). *Los votos discrepantes de O. W. Holmes*. Madrid: IUSTEL.
- Posner, R. (1996). "Pragmatic adjudication", *Cardozo Law Review*, 18, 1-20.

Weaver, W. G. "The 'democracy of self-devotion': Oliver Wendell Holmes, Jr., and pragmatism". En Morales, *Renascent pragmatism* [supra, n. 19], 3-30.

Williams, B. (2002). *Truth and truthfulness: An essay in genealogy*. Princeton: Princeton University Press.