

Los casos difíciles y el pragmatismo de los jueces. Claves de la  
declinación del estado de derechos

ΚΟΙΝΟΝ ἔστι Πᾶσι τὸ Φρονεῖν.

Común es a todos el pensar.  
*Heráclito, Frag. 113*

---

# OPUSCÚLO FILOSÓFICO

---

**CARLOS DIEGO MARTÍNEZ-CINCA**

**Los casos difíciles y el pragmatismo de  
los jueces. Claves de la declinación del  
estado de derechos**



MENDOZA ~ 2014

AÑO VII, N° 19

PUBLICACIÓN DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE FILOSOFÍA CLÁSICA  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO

OPUSCÚLO FILOSÓFICO es una publicación periódica con trabajos de investigación expuestos en el Centro de Estudio de Filosofía Clásica.

Esta publicación es gracias a un subsidio de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Cuyo.

Realizado por *SS&CC ediciones*

[www.ssycc.com](http://www.ssycc.com)

[ssycc@ssycc.com](mailto:ssycc@ssycc.com)

Opusculo Filosófico se encuentra indexada en:

Biblioteca Digital UNCUYO (SID)

[www.bdigital.uncu.edu.ar](http://www.bdigital.uncu.edu.ar)

© 2014

ISSN 1852-0596

Centro de Estudios de Filosofía Clásica

Facultad de Filosofía y Letras – UNCuyo

Centro Universitario

Dirección Postal: CC 345 (5500) Mendoza - Argentina

Tel.: 0261 - 413 5004 interno 2248

Fax: 0261 - 438 0457

E-mail: [ceficinvestigacion@yahoo.com.ar](mailto:ceficinvestigacion@yahoo.com.ar)

Web: [www.ceficuncuyo.com.ar](http://www.ceficuncuyo.com.ar)

## **CONSEJO CIENTÍFICO**

Francisco GARCÍA BAZÁN (CONICET)

Oscar VELÁSQUEZ (UNIVERSIDAD DE CHILE)

Carlos Ignacio MASSINI CORREAS (UM - CONICET)

Jorge MARTÍNEZ BARRERA (PUC Chile)

Joaquín GARCÍA HUIDOBRO (UANES CHILE)

Enrique CORTI (UNSAM - CONICET)

Miguel VERSTRAETE (UNCuyo)

Rubén PERETÓ RIVAS (UNCuyo - CONICET)

## **COMISIÓN EDITORIAL**

Elena CALDERON (UNCuyo)

Mirtha RODRÍGUEZ (UNCuyo)

Alicia FRASSÓN (UNCuyo)

Santiago GELONCH (UNCuyo)

## **COMISIÓN DE REVISIÓN**

Héctor GHIRETTI (UNCuyo)

Oscar SANTILLI (UNCuyo)

## **DIRECTORA**

Mirtha RODRÍGUEZ



## ÍNDICE

Presentación, MIRTHA RODRÍGUEZ DE GRZONA	9
Resumen	13
I La noción de ‘Estado de Derecho’	14
II El formalismo jurídico ante los “casos difíciles”	22
III El pragmatismo jurídico como propuesta “perturbadora”	28
IV Reflexión final	32



## Presentación

*Opúsculo Filosófico* es la publicación del Centro de Estudios de Filosofía Clásica que se constituye como tal en el mes de mayo de 2008, dependiendo del Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras perteneciente a la Universidad Nacional de Cuyo, y que reúne a estudiosos del pensamiento de universidades nacionales y extranjeras.

*Centro de Estudios de Filosofía Clásica* supone necesariamente el esclarecimiento previo de lo que se entiende por *clásico*, a los fines de precisar el perfil configurador del Centro.

Según Hans Georg Gadamer en *Warheit und Methode* (Tübingen, 1.C.B. Mohr, 1975), el concepto de lo clásico, tiene una doble connotación: una histórica y una normativa o modélica. Según la primera, “una determinada fase evolutiva del devenir histórico de la humanidad habría tenido por efecto simultáneamente una conformación más madura y más completa de lo humano”, fase que para determinados autores se confundiría con la denominada “antigüedad clásica”. Pero, según Gadamer, en su segunda connotación, lo clásico “no designa una cualidad que se atribuya a determinados fenómenos históricos, sino un modo característico del mismo ser histórico, la realización de una conservación que, en una confirmación constantemente renovada, hace posible la existencia de algo que es verdad”.

Para el filósofo alemán, es la segunda connotación la que adquiere mayor importancia y reviste mayor actualidad y vitalidad, porque “el juicio valorativo en el concep-

to de lo clásico gana más bien en esta crítica su nueva, su auténtica legitimación: es clásico lo que se mantiene frente a la crítica histórica porque su dominio histórico, el poder vinculante de su validez transmitida y conservada, va por delante de toda reflexión histórica y se mantiene en medio de ésta ( ... ); es una conciencia de lo permanente, de lo imperecedero, de un significado independiente de toda circunstancia temporal, la que nos induce a llamar clásico a algo; una especie de presente intemporal que significa simultaneidad con cualquier presente”.

En este sentido, y “como concepto estilístico e histórico, el de lo clásico se hace entonces susceptible de una expansión universal para cualquier desarrollo al que un *telos* inmanente confiera unidad”. Y vinculando este concepto con el de tradición, concluye que “en lo clásico culmina un carácter general del ser histórico: el de ser conservación en la ruina del tiempo. Claro que la esencia general de la tradición es que sólo hace posible el conocimiento histórico aquello que se conserva del pasado como lo no pasado”.

Así, la tradición clásica de la filosofía es una de las alternativas posibles para el desarrollo, promoción, profundización, precisión y crecimiento del pensamiento filosófico en la actualidad. Es más, aparece al menos *prima facie* como la alternativa más rica, más compleja y más llena de virtualidades; ante todo, porque es la más antigua, y desde hace más de veinticinco siglos viene enriqueciendo, prolongando y profundizando el pensamiento filosófico. Pero también porque es la más abierta, la que mejor ha asumido el carácter constitutivamente desinteresado de la filosofía y la que ha concretado de innumerables maneras el carácter humanista de toda filosofía que merezca ese nombre.

Pero como toda tradición, la de la filosofía clásica no

constituye un sistema cerrado de proposiciones unívocas, blindado al progreso y estacionado en el pasado, sino que es por el contrario una renovada apertura a la realidad, una sed de verdad jamás saciada, una peculiar aportación a la gran *conversatio* filosófica que se desarrolla en el tiempo, pero trasciende sus concreciones históricas y traspasa las culturas. Dicho de otro modo, se trata de un peculiar estilo de hacer filosofía, de una especial actitud de apertura a la realidad, de una singular forma de elaborar los conceptos, razonar y argumentar, y de un espíritu de generosa riqueza en las contribuciones filosóficas pensadas en el trascurso de la historia.

Pero en especial esa tradición también se caracteriza ante todo por su rechazo radical a las actitudes ideologistas, que proponen un sistema cerrado de salvación inmanente, que habrá de ser protagonizado por una vanguardia de pseudo iluminados y que desemboca necesariamente en un sectarismo cruel y en una praxis destructiva y en definitiva, inhumana. Asimismo, la actitud clásica de la filosofía rechaza *ab initio* los intentos de conformar a la filosofía según los cánones rígidos de alguna de las ciencias particulares, despojándola de ese modo de su singularidad, de la unidad de la experiencia filosófica y de su carácter constitutivamente universal. También se caracteriza por su perspectiva no dogmática y aporética de la filosofía, considerada a partir de sus problemas a resolver y no de afirmaciones indiscutibles a imponer.

Finalmente, como toda tradición bien fundada, desestima los intentos de construir filosofías arbitrariamente subjetivas o localistas, que bajo la alegación de una pretendida originalidad, se aproximan a la trivialidad, radicalmente despojada de rigor y la seriedad que sólo puede proporcionar la inserción crítica y creativa en una tradición viva de pensamiento e investigación filosófica.

En la necesidad que requiere el nobilísimo ejercicio de la memoria y el cultivo de la misma, es que entendemos la tarea plena del espíritu en cuanto por sí exige la autonomía del pensar. Es por esto que adquiere sentido acoger las múltiples riquezas que aporta lo diverso, en las manifestaciones de quienes en la tarea profesional lo patentizan a través de los finos aspectos que hacen al ser del hombre.

Es precisamente en este marco donde *Opúsculo Filosófico* adquiere sentido como medio de difusión científica, en la tarea de fortalecer la memoria de aquello que en el cambio, permanece por ser esencial.

En esta 'nuestra tarea' esperamos contribuir al enriquecimiento de la Filosofía, como eco de lo pasado que pervive en la necesidad de ser verdad, parafraseando al poeta<sup>1</sup> de ayer que hoy es vigencia hacia el perfil de un mañana;

Materialismo!... Nihilismo!  
La moderna ciencia  
de su ser lo desprende,  
infundiendo pavor a la conciencia  
por doquiera se extiende  
Se extiende pero no llevando vida,  
porque su seno está yerto;  
se extiende como ola corrompida  
que vaga en el mar de lo muerto.

El pensamiento, eterna maravilla  
que el alma mira absorta, habrá de detener  
este torrente de hiel que ahoga y mata.

Mirtha Rodriguez de Grzona

---

1 RUBÉN DARÍO, *Obras Completas*, Madrid, Aguilar, 2003. Poemas de Juventud, Espíritu

# LOS CASOS DIFÍCILES Y EL PRAGMATISMO DE LOS JUECES. CLAVES DE LA DECLINACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO<sup>1</sup>

CARLOS DIEGO MARTÍNEZ-CINCA

UNCuyo - FONDECYT  
cdmartinez@miuandes.cl

## Sumario:

- I. La noción de ‘Estado de Derecho’
- II. El formalismo jurídico ante los “casos difíciles”
- III. El pragmatismo jurídico como propuesta “perturbadora”
- IV. Reflexión final

**Resumen:** El Estado de Derecho se asienta en una serie de condiciones esenciales para el normal desenvolvimiento de una república. Entre esas condiciones figura la independencia política de los jueces, es decir, la imparcialidad de los magistrados en la tarea de administrar justicia. Dicha imparcialidad suele asociarse a la idea de afianzar la justicia “tratando igual a los iguales”. Para el formalismo jurídico tradicional, eso implica aplicar la ley vigente sin apelar a las preferencias políticas ni a los valores morales de los jueces. Sin embargo,

---

1 El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto FONDECYT (Chile) Posdoctorado N° 3120252: “Insuficiencias del Análisis Económico del Derecho frente a los casos difíciles. Claves para la superación del pragmatismo consecuencialista de Richard Posner desde el horizonte de los bienes humanos básicos de John Finnis”.

la pretensión de imparcialidad parece imposible de alcanzar en los “casos difíciles”, es decir, en aquellos casos en que no parece existir una única solución que pueda obtenerse por vía deductiva a partir de la ley vigente. El presente trabajo discute el alcance de tal pretensión a la luz de una propuesta desafiante y perturbadora gestada al seno del pragmatismo jurídico norteamericano.

**Palabras claves:** pragmatismo – consecuencialismo – imparcialidad – discrecionalidad – casos difíciles – Estado de Derecho – Neil MacCormick – Richard Posner

**Abstract:** The Rule of Law is grounded on some conditions which are needed for the regular development of political institutions in our modern and democratic republics. One of these conditions is the political independence of judiciary, meaning impartiality in adjudication, that is, “treating equally those who are equals”. Legal formalism understands this requisite as the application of a valid rule of law without any consideration to the personal values or preferences of judges. Nevertheless, legal pragmatists claim that impartiality is an impossible goal to reach in ‘hard cases’, that is those cases for which there seems not to be a unique correct answer deducible from any rule of law. This paper analyses the challenge that legal pragmatism performs against the requisite of impartiality in adjudication.

**Key words:** pragmatism – consequentialism – impartiality – arbitrariness – hard cases – Rule of Law – Neil MacCormick – Richard Posner

## **I. La noción de ‘Estado de Derecho’**

En los dos últimos siglos de la filosofía política y jurídica, numerosos autores han procurado definir el concepto de ‘Estado de Derecho’ como uno de los pilares fundamentales en torno al cual habría orbitado la génesis constitutiva del moderno estado-nación europeo.

En términos generales, podría decirse que la mayoría de los autores, conforme al método propio de la ciencia jurídica, ha partido del análisis exegético de algún texto jurídico fundamental, de validez y eficacia reconocidas casi universalmente, de

cuya reconstrucción dogmática sería posible extraer la noción fundamental cuya definición se procura. El texto más citado, en ese sentido, ha sido el de la *Declaración Universal de los Derechos del Ciudadano*, proclamada en París por la Asamblea Nacional Constituyente del año 1789, del que se desprenden algunos enunciados claves como el décimosexto artículo que reza: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene constitución”. Como puede apreciarse, la existencia de una constitución, no necesariamente hecha de un texto único, rígido e inmodificable, y tampoco necesariamente escrita, pero al menos contenida en las costumbres fundamentales observadas y respetadas regularmente por un pueblo como *regla de conducta*, en la que estén expresados claramente los derechos fundamentales de las personas y las atribuciones y límites en el ejercicio del poder por parte de los órganos de gobierno, parecería constituir la base fundamental del concepto moderno de ‘Estado de Derecho’.

Sin embargo, la ciencia jurídica dista de haber alcanzado un consenso unánime en torno a la definición de dicho concepto fundamental. La teorización del *Rule of Law* en el ámbito anglosajón, tanto como la definición del *Rechtsstaat* en la dogmática alemana y del ‘Estado de Derecho’ o ‘imperio de la ley’ en el ámbito de la doctrina constitucional latinoamericana, han sufrido a lo largo de los dos últimos siglos las inevitables transformaciones y mutaciones que era previsible esperar a la luz de los procesos históricos también de transformación y mutación del estado-nación europeo que le habría servido de base como modelo conceptual. No es necesario aludir aquí, por ser conocidas de todos, las diferencias esenciales que separan al estado liberal de derecho del estado de bienestar o estado social de derecho (con todas las precisiones conceptuales que habría que formular para distinguir bien cada uno de estos grandes modelos de estados), ni es necesario tampoco aludir a las profundas diferencias que existen entre el Estado de Derecho, en un sentido meramente formal de la expresión, y el Estado de Derecho en un sentido material, pues la experiencia nos enseña a todos que un estado

autoritario, en el que se vulneran los derechos fundamentales de las personas bajo diversas argumentaciones que en el fondo se reducen a la dialéctica del *amigo* y el *enemigo*, como postula Carl Schmitt<sup>2</sup>, es perfectamente compatible con la existencia en su seno de una constitución en la que se expresan minuciosamente, no obstante, los derechos fundamentales de los ciudadanos y las atribuciones y límites de los órganos de gobierno. En ese sentido sostiene Joseph Raz:

“Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de Derecho mejor que cualesquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquellas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al Estado de Derecho.”<sup>3</sup>

Frente a las vicisitudes históricas y políticas del concepto de ‘Estado de Derecho’, la estrategia disciplinar de la filosofía jurídica contemporánea –la que surge, al menos, de gran parte los referentes actuales de la disciplina– ha consistido en separar analíticamente la noción de ‘Estado de Derecho’ en unidades conceptuales más simples, es decir, delimitables analíticamente con mayor facilidad, en principio, y de cuya agregación a otras unidades analíticas –entendidas como requisitos sustanciales– resultaría el concepto mayor de ‘Estado de Derecho’. Una de esas unidades de análisis simples (o requisitos sustanciales) residiría en la *independencia del poder judicial*, un concepto fundado en el principio político de separación de poderes y, por

---

2 Véase Carl Schmitt: *El concepto de lo político (Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios)*, Madrid: Alianza Editorial, 2002 (1932), p. 56 ss.

3 Joseph Raz: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1985 (2ª edición) p. 264.

consiguiente, en un principio general de justicia consistente en que nadie debe ser juez y parte de un mismo proceso o, en términos políticos, en que no debe un mismo órgano dictar la ley y ser el encargado de aplicarla.

En virtud de este principio se ha sostenido, desde Locke y Montesquieu hasta nuestros días, que existe una diferencia esencial entre la atribución fundamental reservada a uno de los poderes democráticos del estado, cual es la de legislar —es decir, establecer leyes generales y obligatorias para todos los ciudadanos de un estado— y la atribución más específica, reservada a un cuerpo profesional de jueces, de carácter “aristocrático” en los términos la filosofía clásica, y claramente no democrático en cuanto a su procedencia y elección, encargado de aplicar las leyes a los casos concretos, es decir, a la solución de las disputas particulares que se pudiesen generar entre partes (atribución que sólo bastante tiempo después llegaría a comprender la facultad más controvertida de interpretar el alcance constitucional de aquellas leyes y de llegar a declarar su total inaplicabilidad por una eventual oposición a la ley fundamental de la república<sup>4</sup>).

La visión ilustrada de los jueces como simples “óráculos de la ley”, como árbitros imparciales en la solución de las disputas, aparece consagrada en textos fundamentales de la filosofía política moderna y reiteradas veces invocada por los más conspicuos exponentes de las teorías de la adjudicación jurídica o teoría de la asignación de derechos —una de las tres ramas principales que conforman la teoría general del derecho, según Ronald Dworkin, junto a la teoría de las normas y la teoría de la obediencia civil o autoridad del derecho—. Sostiene, en efecto, Montesquieu:

“Cuanto más se acerca la forma de gobierno a la re-

---

4 Del texto original de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica no surge esa facultad atribuida a los jueces. El caso *Marbury vs. Madison*, fallado por la corte suprema en la primera década del siglo XIX, abrió las puertas a dicha facultad mediante una interpretación muy laxa de la enmienda que significó, en términos jurídicos, la creación por vía judicial y no legislativa, de una facultad no expresamente atribuida por la constitución a los jueces, conocida como *judicial review*.

pública, más fija debe ser la manera de juzgar; y era un vicio de la república de Lacedemonia que los magistrados juzgaran arbitrariamente, sin que hubiera leyes para dirigirlos. En Roma, los primeros cónsules juzgaban de igual manera, hasta que se notaron los inconvenientes y se hicieron las leyes necesarias [...] En los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano.”<sup>5</sup>

En esa dirección, el jurista escocés Neil MacCormick, en una obra ya clásica de la filosofía jurídica contemporánea, publicada por vez primera en 1979, descarta cualquier discrecionalidad o arbitrariedad en la solución de las disputas por parte de los jueces en un Estado de Derecho, y continúa identificando, dos siglos después de Montesquieu y de Hume, la imparcialidad ilustrada y la prescindencia de toda valoración y preferencia personal, de carácter político, como un atributo esencial de la tarea de administrar justicia:

“Es un principio fundamental el que los seres humanos deben ser racionales antes que arbitrarios en la conducción de sus asuntos sociales y públicos [...] A cualquiera que dispute este principio conmigo, yo sólo le puedo recordar, por cierto, un argumento de Hume: nuestra sociedad está organizada conforme al valor de la racionalidad, o no lo está, y no puedo contemplar sin repulsión la incertidumbre y la inseguridad de una sociedad manejada arbitrariamente, en que las decisiones de todo tipo se establecen por el anhelo o capricho momentáneo de alguien [el juez], sin referencia a las decisiones tomadas en el pasado o de cara al futuro.”<sup>6</sup>

Ahora bien, la *independencia de los jueces* constituye hoy

---

5 Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu: “El espíritu de las Leyes”, Libro VI, Capítulo III, en *La Editorial Virtual*, <[http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages2/Montesquieu/EspirituLeyes\\_01.html](http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages2/Montesquieu/EspirituLeyes_01.html)> (01/05/2014)

6 Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1997 (2ª edición) pp. 76-77.

uno de los temas más banalizados de la discusión política. No es el propósito del presente trabajo entrar a discutir los argumentos surgidos en las arenas movedizas de la opinión pública, sino encuadrar el problema de la independencia de los jueces en el tratamiento teórico que ha recibido el problema de la *imparcialidad* frente a la *discrecionalidad* o *arbitrariedad* en la administración de justicia, dentro de las teorías de la argumentación jurídica que podríamos llamar “formalistas”, por oposición a las teorías “pragmatistas” que las cuestionan.

Por consiguiente, el problema fundamental que aquí se tratará se encuadra en el siguiente marco teórico: para las teorías formalistas de la argumentación jurídica, la pretensión de imparcialidad en la administración de justicia constituye un requisito sustancial del Estado de Derecho, es decir, una exigencia verificable y realizable de aquel principio básico de justicia que desde Aristóteles en adelante se ha formalizado como la exigencia de “tratar igual a los iguales”. Sin embargo, para el pragmatismo jurídico contemporáneo, la imparcialidad de los jueces constituye más bien una afirmación retórica del “imperio de la ley” vacía de contenido, una especie de racionalización encubridora de las preferencias personales de los jueces que las teorías formalistas de la argumentación jurídica deberían dejar de lado en aras de una comprensión más realista de cómo los jueces administran justicia.

Como puede apreciarse, en la formulación del marco teórico me he valido, en el último enunciado, de la expresión ‘una comprensión más realista de la administración de justicia’. En efecto, existe una importante y renovada corriente dentro del “realismo jurídico” norteamericano que, hundiéndose en parte sus raíces en la frustrada ‘revuelta contra el formalismo’ de los años treinta, ha postulado de una manera hasta hoy confusa y perturbadora un enfoque pragmático de la adjudicación jurídica que aspiraría al desarrollo de una “jurisprudencia basada en resultados” y no en principios, una jurisprudencia elaborada por jueces que, lejos de administrar justicia desde una “torre de marfil”, deberían orientar su tarea adjudicativa en función del impacto que sus sentencias tendrían en la sociedad civil, en los

asuntos políticos y económicos del Estado. En definitiva, una jurisprudencia pragmática y consecuencialista que podría partir de cualesquiera principios, normas o directrices que los jueces deseen invocar retóricamente en sus fallos, pero que atienda necesariamente al impacto político y económico de sus sentencias en el mundo real y en el estado del que los jueces forman parte.

¿De dónde viene la necesidad de encuadrar el problema en esos términos? ¿Cuál es la necesidad de enmarcarlo en el ámbito de una discusión teórica como la brindada por el pragmatismo jurídico contemporáneo, una corriente de pensamiento que, en última instancia, parece restarle importancia a cualquier teorización o sistematización de los principios sobre los que se asienta la argumentación jurídica?

Sucede que en una buena parte del universo jurídico de nuestros días, ante una virtual desintegración del Estado de Derecho por el avance de la impunidad y la consiguiente desconfianza de la población en los principios constitucionales de la administración de justicia, junto a la creciente banalización de los derechos individuales y el posicionamiento de los medios de comunicación como vehículos de presión social en aras de una “realización efectiva” de justicia a como dé lugar<sup>7</sup>, el eslogan de que los jueces deberían ajustar su labor jurisdiccional a las cambiantes circunstancias, influencias y demandas del sistema político y social, parece estar ganando cada día mayor aceptación, incluso entre los propios jueces<sup>8</sup>. En efecto, la idea de una “jurisprudencia pragmática” parece haber calado hondo, por ejemplo, en el espíritu de los jueces que integran el supremo tribunal federal y los tribunales superiores de Brasil, pues como revela una investigación publicada en el *Anuário da Justiça 2010*, el 46 % de ellos cree que al pronunciar una sentencia, “el juez debe tener en cuenta el impacto de su decisión en términos

---

7 José Renato Nalini: *A rebelião da Toga*, Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 9.

8 Thais Nunes de Arruda: *Como Os Juízes Dedidem Os Casos Difíceis? A Guinada Pragmática de Richard Posner e A Crítica de Ronald Dworkin*, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p.

sociales, económicos y de gobernabilidad”<sup>9</sup>. Así también, un docente e investigador de Stanford –una de las más prestigiosas escuelas de derecho en los Estados Unidos de Norteamérica– sostenía en una visita a la Universidad de Buenos Aires, en noviembre de 2009, que “la justicia *puede y debe* generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos”. Como sostiene el Profesor Néstor Sagüés, la iniciativa, motorizada por activistas civiles norteamericanos, concibe a los jueces como verdaderos “agentes de cambios sociales”, y procura lograr que los jóvenes de escasos recursos obtengan en tribunales lo que en sede legislativa se les niega en materia de igualdad de oportunidades en el acceso a una educación universitaria completa y de excelencia<sup>10</sup>. No debe olvidarse, por otra parte, que el análisis económico del derecho, más allá del techo académico que parece haber tocado tanto en los Estados Unidos de América como en el resto del mundo, se presentaba hasta hace unos años como una nueva teoría del derecho cuyo encanto parecía residir, en palabras de uno de sus co-fundadores, en la “coherencia científica de su propuesta” y en la “capacidad de poder asumir las consecuencias de las decisiones judiciales y su impacto en el mundo real”, algo que “el sentido común reclama constantemente de los jueces” y que constituye una “intuición moral ampliamente compartida”<sup>11</sup>.

Comenzaré, entonces, por exponer de manera sucinta las tesis centrales del formalismo jurídico, nombre con el que se identifica la corriente principal de la teoría jurídica que se basa en un declarado respeto al “imperio de la ley” y al carácter deductivo del razonamiento jurídico (de los principios generales a la solución del caso), para luego contraponer la visión del pragmatismo jurídico tal como se halla configurada en la obra del

9 Thais Nunes de Arruda, *Op. Cit.*, p. 15.

10 Néstor P. Sagüés: “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 528.

11 Richard Posner: “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, n° 1, Chicago, 1979, pp. 110-11.

principal referente actual de la jurisprudencia o *Legal Theory* norteamericana que ha intentado volcar la actitud pragmática en los moldes de la argumentación jurídica tradicional o formalista, resquebrajando dichos moldes hasta romperlos. En último término, el presente trabajo intenta mostrar, de manera muy esquemática y modesta, qué cabe esperar de esta propuesta calificada como “confusa y perturbadora” por una autora que ha consagrado una buena parte de su vida al estudio del pragmatismo filosófico<sup>12</sup>.

## II. El formalismo jurídico ante los “casos difíciles”

Si quisiéramos exponer sucintamente las tesis centrales del formalismo jurídico, es decir, las tesis centrales de lo que hasta el presente ha sido considerada la corriente principal de las teorías argumentativas del derecho y, en consecuencia, la mejor explicación disponible hasta hoy del modo en que los jueces habitualmente resuelven los casos que se someten a su jurisdicción, podríamos tomar como ejemplo la descripción, un tanto sesgada por cierto, que sus críticos hacen del mismo. Quizás no sea la más objetiva de las descripciones posibles, pero al menos servirá para comprender qué es lo que sus críticos deploran y pretenden corregir. Servirá, al menos, como punto de partida.

El principal abanderado del pragmatismo jurídico hoy, el juez Richard Posner, describe el formalismo jurídico norteamericano de Christopher Columbus Langdell –decano de la facultad de derecho de Harvard a fines del siglo XIX– como una especie de “platonismo jurídico” auto-convencido de la existencia de un puñado de principios de derecho eternos e inmutables, corporeizados de manera imperfecta en las miles de opiniones doctrinarias publicadas<sup>13</sup>. Para el formalismo, según Posner, la existencia de tales principios jurídicos inmutables se cristaliza-

---

12 Susan Haack: “Viejo y Nuevo Pragmatismo”, en *Diánoia*, vol. XLVI, nº 47, México, 2001, pp. 21-59.

13 Richard Posner: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1999 (2ª edición) pp. 14-15; 250-252.

ría en la dogmática jurídica (otro nombre para el formalismo), que consistiría en una especie de reconstrucción inductivista de tales principios a partir de las sentencias y opiniones judiciales vertidas en los casos señeros [*leading-cases*] de la jurisprudencia. En la dirección opuesta, quienes deben argumentar a partir de tales principios (los jueces) necesitan valerse de una especie de lógica deductiva de las consecuencias concretas que se seguirían a partir de aquellos principios generales del derecho, pero tales consecuencias no guardarían relación alguna con el “mundo real” ya que su impacto en la conducta de los individuos no sería testado empíricamente por los jueces formalistas. Tales serían, en pocas palabras, las dificultades inherentes al formalismo jurídico que buscaría superar el pragmatismo.

Sin embargo el rechazo del formalismo jurídico y en especial de la lógica deductiva que constituye la esencia de la argumentación jurídica no es nueva ni ha sido privativa de los analistas económicos del derecho. Según MacCormick, el rechazo del formalismo que parece desembocar inevitablemente en una suerte de escepticismo incapaz de brindar una teoría mejor que explique cómo argumentan los jueces, es una tendencia siempre latente en la jurisprudencia norteamericana que parece radicalizarse con mayor fuerza en determinadas épocas de su historia<sup>14</sup>. De hecho, Posner sostiene que “la única exigencia para ser formalista es la suprema confianza en las propias premisas y en los propios métodos de derivar conclusiones a partir de ellas”, parafraseando así al célebre juez Oliver Wendell Holmes (uno de los principales mentores del realismo jurídico norteamericano de quien Posner admite haber heredado su desconfianza en el formalismo)<sup>15</sup>.

Pero la lógica deductiva que parte de ciertos principios y normas generales parece constituir la esencia misma de la lógica jurídica, y como MacCormick sostiene, quizás sea la única “teoría” que pueda dar cuenta hasta ahora –con las limitaciones que él mismo señala en la solución de los “casos difíciles”– de la forma en que normalmente se construye un argumento jurídi-

14 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, pp. 36-40.

15 Richard Posner: *The Problems of Jurisprudence*, p. 40.

co. Cualquiera que niegue que la lógica deductiva del “formalismo jurídico” constituya el elemento esencial de una explicación coherente y plausible del derecho, debería poder ofrecer alguna teoría alternativa que pueda dar cuenta cabalmente de cómo argumentan quienes están obligados, por un imperativo constitucional, a solucionar razonablemente los conflictos que se suscitan entre quienes son obligados a acatar normas generales de conducta<sup>16</sup>. La incógnita a despejar, entonces, es ésta: ¿ha logrado el pragmatismo elaborar una propuesta coherente, plausible y superadora del formalismo jurídico como base para una teoría de las decisiones judiciales? Eso es lo que analizaré en el siguiente apartado, luego de sentar la posición cabal de un formalismo que podríamos llamar *moderado*, como el que propone MacCormick.

Empecemos por aclarar, primero, a qué se denomina “casos difíciles” en la argumentación jurídica, y por qué ese tipo de casos –suponiendo que exista algo así como un tipo especial de casos claramente diferenciables– representaría un escollo para cualquier lógica formalista de la argumentación. En principio, “casos difíciles” son aquellos en los que la lógica deductiva propia del formalismo jurídico no parecería constituir una herramienta suficiente para arribar a conclusiones coherentes y consistentes con las reglas de derecho establecidas. Con respecto a los casos llamados “rutinarios” o “fáciles”, es evidente que para su solución es suficiente valerse de la lógica deductiva del formalismo, como el propio líder del pragmatismo jurídico admite, con tal que dicha lógica sea aplicada por un juez bien entrenado, respetuoso de los precedentes, capaz de subsumir el caso particular en alguna norma general de derecho<sup>17</sup>.

MacCormick sostiene que un caso podría calificarse como “difícil” cuando presente problemas de “interpretación” o de “relevancia” en relación con la premisa normativa, o bien de “prueba” o de “calificación” en relación con la premisa fáctica, aun cuando esa línea divisoria entre los casos fáciles y los difi-

---

16 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 52 ss.

17 Richard Posner: *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 35, 44, 46.

ciles no sea tan clara como en principio podría parecer, porque como el propio MacCormick admite, aun los casos más simples podrían también presentar dificultades potenciales de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación<sup>18</sup>. En ese sentido, la necesidad de anticipar las consecuencias de las sentencias judiciales en el “mundo real” parecería guardar cierta relación con la identificación de los “casos difíciles” *a priori*, pues como señala Manuel Atienza, sería posible apuntar a un criterio más amplio (y también pragmático) de división entre unos y otros casos sencillamente diciendo que son difíciles aquellos casos en los que “la opinión pública –esclarecida o no– está dividida de tal manera en que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y a otros”<sup>19</sup>. Como puede apreciarse, es allí donde el pragmatismo encontraría su razón de ser, pues su gran anhelo es ofrecer una lógica alternativa al formalismo de los principios generales, que esté orientada a los resultados y a las consecuencias sociales, económicas y políticas de las sentencias.

De todos modos, MacCormick sostiene que el formalismo deductivo no es enteramente ajeno a cierto tipo de consecuencialismo. En efecto, el auténtico problema de interpretación en los casos difíciles con relación a la premisa normativa, por ejemplo, no está dado por el tipo de preguntas: “¿Cuál es la interpretación correcta de tal regla de derecho?”, sino más bien por preguntas del estilo: “¿Justifica la ley una decisión a favor de A y en contra de B en un contexto como éste?”<sup>20</sup>. Pero la apreciación del contexto y la valoración que el juez haga de las posibles consecuencias del fallo “a futuro” no están por cierto guiadas en función de consideraciones económicas, sociales o políticas, pues si por un lado admite que el principio formal de justicia consistente en “tratar igual a los iguales” se satisface en gran medida “mirando hacia delante”, de tal manera que la decisión en un caso difícil sea aplicable a cualquier otro *caso*

18 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 197.

19 Manuel Atienza: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México: UNAM, 2005, p. 72.

20 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 69.

*similar*<sup>21</sup>, ese solo hecho limita en gran medida su discrecionalidad, pues sus decisiones están enmarcadas dentro de ciertos requisitos que MacCormick identifica como requisitos de *universalidad*, *consistencia*, *coherencia* y *aceptabilidad* de las consecuencias (o *conveniencia*).

En efecto, las únicas consecuencias que los jueces podrían y deberían atender no son aquellas a las que apunta el pragmatismo ya señalado, sino las contempladas en lo que el jurista escocés llama una justificación de “segundo nivel” (por referencia al “primer nivel” de la lógica formalista deductiva). En una justificación de “segundo nivel” resulta ciertamente válido el empleo de argumentos “consecuencialistas”, pero su empleo se halla limitado por los principios de *universalidad*, *consistencia* y *coherencia*. El principio de universalidad requiere que para justificar una decisión, *x*, en cualquier “caso difícil” debe encontrarse o formularse una premisa normativa general, *Y*, ligada a las condiciones *a*, *b* y *c*, tal que cada vez que se verifiquen las condiciones *a*, *b* y *c* cualquier juez debería decidir *x*. El principio de consistencia requiere que una decisión, *x*, se base en premisas normativas que no entren en contradicción con reglas de derecho válidamente establecidas. La coherencia debe ser a la vez *normativa* y *fáctica*. La coherencia normativa requiere que una decisión, *x*, pueda encuadrarse en una serie de valores o principios morales que, tomados en conjunto, puedan configurar una forma de vida satisfactoria, mientras que la coherencia narrativa exige un examen lógico de aquellas cuestiones de hecho que no cabe observar ni comprobar por la experiencia sensible<sup>22</sup>. Finalmente, el requisito más laxo de la *aceptabilidad de las consecuencias* [‘expediency’] es una exigencia de la argumentación pública, basada en el interés general, en virtud del cual resultaría lícito sostener que a una pretensión basada en criterios de estricta justicia correctiva no debería, con todo, hacerse lugar en sede tribunalicia, si a consecuencia de dicha

---

21 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 79.

22 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, capítulos V, VI, VII y VIII. Para una síntesis didáctica de los requisitos que limitarían el consecuencialismo formalista de los casos difíciles, véase Manuel Atienza: *O. Cit.*, pp. 114-122.

admisión tuviese que hacerse lugar, en el futuro, a una serie de pretensiones de la misma clase que pudiese generar un grave perjuicio al interés público. Como puede apreciarse, en las justificaciones de “segundo nivel” hay bastante espacio para el razonamiento consecuencialista, y en relación a las debatidas y siempre abiertas cuestiones de *conveniencia* MacCormick sostiene expresamente: “Yo no pretendo saber cómo calcular tales materias; pero observo que los jueces confían en tal argumento con bastante frecuencia como para señalar que ellos lo creen posible.”<sup>23</sup>

De todas maneras, un consecuencialismo de esta naturaleza seguirá orbitando necesariamente en torno a una teoría formalista del derecho, puesto que los argumentos consecuencialistas constituyen justificaciones de “segundo nivel” a las que se llega sólo cuando no es posible alcanzar una solución razonable según la lógica deductiva del “primer nivel”. Por esta sencilla razón, seguirá habiendo una brecha difícil de salvar entre un formalismo moderado como el que tolera MacCormick y el tipo de *pragmatismo jurídico* que Posner postula, como veremos a continuación. De hecho, en un artículo publicado algunos años después de su primera obra programática (*Legal Reasoning and Legal Theory*), el jurista escocés afirmaba:

“Aún cuando no admito sin más el consecuencialismo como una filosofía aceptable o suficiente en sí misma, concluyo que algún elemento del razonamiento consecuencialista debe estar presente en cualquier proceso sensato de decisión, en cualquier modo satisfactorio de deliberación práctica [...] Todos parecen estar de acuerdo en que algún tipo de consecuencialismo tendría que jugar algún rol. Pero es mucho menos claro qué tipo, y qué rol [...] Ello sugiere que nuestra idea de *consecuencia* puede ser, de algún modo, vaga y completamente imprecisa.”<sup>24</sup>

23 Neil MacCormick: *Op. Cit.*, p. 114.

24 Neil MacCormick: “On Legal Decisions and Their Consequences. From Dewey to Dworkin”, en *New York University Law Review*, vol. 58, nº 2, Nueva York, 1983, p. 240, 245-246.

En ese mismo trabajo, explicitando aún más los límites del consecuencialismo señalados en su primera obra, sostenía MacCormick que si tenemos que explicar en resumidas cuentas de qué modo las consecuencias podrían ser relevantes para justificar las decisiones de los jueces, deberíamos entonces mirar “más allá y más lejos de las consecuencias particulares y de los resultados del caso”, porque lo que se encuentra realmente en juego son las consecuencias en el sentido de *implicaciones lógicas* del caso. En efecto, declarar un derecho (*ius dicere*) supone, de manera necesaria, y colocándonos en los zapatos de un juez imparcial, declararlo como aplicable en *cada caso similar*. De ahí que, en tanto persona de prudencia, dotada de un pensamiento previsor, “todo juez debe mirar a través [y más allá] de un rango de situaciones posibles que deberán cubrirse [en el futuro] por esta [nueva] regulación en cuanto a derecho”<sup>25</sup>. Si existe algún modo de justificar una decisión jurídica por sus consecuencias, no es otro que presentarla a la luz de “las razones universalizables que la sostienen”<sup>26</sup>.

### III. El pragmatismo jurídico como propuesta “perturbadora”

Resulta difícil resumir aquí la posición intelectual de un autor que ha resultado ser uno de los teóricos contemporáneos del Derecho más citados, hasta la fecha, en los principales índices bibliográficos de las revistas indexadas. Esta dificultad se agrava aún más por la ingente cantidad de sus trabajos, en forma de libros, artículos, y publicaciones en obras colectivas que no han cesado desde fines de los años sesenta, y que ya superan varios centenares de publicaciones en diversas lenguas. Pero es sin duda su estilo polemista, insidioso, por momentos apresurado<sup>27</sup>, reticular y polimorfo en cuanto a las múltiples fuentes de

---

25 Neil MacCormick, Neil: “On Legal Decisions and Their Consequences...”, p. 251.

26 Neil MacCormick, Neil: “On Legal Decisions and Their Consequences...”, p. 249.

27 Ronald Dworkin: “Darwin’s New Bulldog”, en *Harvard law Review*, vol.

las que dice nutrirse, lo que dificulta aún más una exposición clara y sistemática de su posición auto-proclamada como *pragmatismo*<sup>28</sup>.

Posner sostiene, de manera indubitable, que “las respuestas [a los casos difíciles] dependen de los juicios políticos, de las preferencias y de los valores morales de los jueces, o (lo que a veces no resulta tan claro y distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces”<sup>29</sup>. Reconoce, por supuesto, que su tesis encuentra serias resistencias por parte del enfoque dominante de la argumentación jurídica, pues para ese enfoque resulta natural que, conforme a las exigencias básicas que emanan del imperio de la ley (o Estado de Derecho), los jueces se hallen restringidos siempre por la letra y el espíritu de la ley, por la estructura propia del razonamiento jurídico, por la historia constitucional de su país, y por ciertos principios jurisprudenciales claves como la *deferencia* y el *stare-decisis*. Sin embargo, aunque son raros los jueces que se atreven a profesar abiertamente el enfoque *pragmático* que él postula, “existe un buen número de decisiones judiciales que no podrían explicarse de otro modo”, y se trata, además, de un enfoque que, según su criterio, cuenta con bastante apoyo académico implícito<sup>30</sup>.

En la visión de Posner, cuando los jueces de apelación deciden casos en las “áreas abiertas del Derecho” se comportan verdaderamente como actores *políticos* y legisladores, favorecidos por una serie de circunstancias que, para colmo de males, no limitan su ejercicio discrecional de ese poder como sí limitan a los legisladores electos por el pueblo. En efecto, los jueces no pueden ser removidos de sus cargos, son designados de por vida en ellos, y encima no existe un poder aparte del que ellos

---

111, Cambridge, 1998, p. 1718.

28 Richard Posner, Richard: “The Jurisprudence of Skepticism”, en *Michigan Law Review*, vol. 86, n° 5, 1998, pp. 828-836; Richard Posner: *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 47 y ss.

29 Richard Posner: “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 828.

30 Richard Posner: “The Constitution as an Economic Document”, en *George Washington Law Review*, vol. 56, n° 4, 1987, p. 32.

mismos ejercen que pudiese invalidar sus decisiones, como sí pueden ellos, en virtud de ese mismo poder, invalidar las decisiones de los legisladores elegidos por el voto popular<sup>31</sup>. En un intento por explicar en términos puramente descriptivos semejante conducta de los jueces (conforme a su enorme aprecio por el análisis económico del derecho, del que fuera su co-fundador y promotor en los años setenta y ochenta), Posner sostiene que tal comportamiento obedece a tres factores que actúan como incentivos determinantes y que permitirían diseñar una especial función de utilidad en el comportamiento de los jueces: la maximización de su ingreso pecuniario, la maximización del ocio, y la minimización de los costos que imponen los votos en disidencia en los tribunales colegiados<sup>32</sup>. En pocas palabras, los jueces quieren ganar más dinero, tener más tiempo libre, y no tener que debatir ni discutir tanto entre ellos cuando se presentan casos difíciles en las “áreas abiertas” del derecho (esto último explicaría bastante bien, según Posner, por qué, a pesar de todo, los jueces privilegiarían ciertos principios conservadores de la jurisprudencia como el *stare decisis* en lugar de formular directrices más “realistas” que orientarían la jurisprudencia hacia resultados socialmente deseables).

Ahora bien, en lugar de atacar estas deficiencias institucionales que señalarían, de ser verdaderas, una evidente declinación del proyecto ilustrado en torno al “imperio de la ley” o Estado de Derecho, Posner propugna más bien una suerte de solución política que se acomode al “juego de la democracia”, y en tal sentido sostiene:

Antes que pensar en aporrear a los jueces para que adopten, de común acuerdo, alguna de las teorías constitucionales que limiten su discrecionalidad, *deberíamos inclinarnos ante lo inevitable*, y si estamos preocupados por un ejercicio sin freno de la discrecionalidad judicial por parte de los jue-

---

31 Richard Posner: “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, en *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, p. 1054.

32 Richard Posner: “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, 1993, pp. 1-41.

ces de la corte suprema, deberíamos insistir en designaciones más diversas, que hagan de una buena vez más representativa a la corte y, a causa de esa mayor diversidad, menos inclinada a legislar agresivamente. La analogía [con las inversiones] es reducir el riesgo diversificando el portfolio.<sup>33</sup>

De semejante análisis llama poderosamente la atención tanto la crudeza del análisis descriptivo del comportamiento de los jueces en cuyas manos reside un poder soberano no sometido a ningún otro poder, como también la resignada claudicación ante lo que Posner llama lo *inevitable* de un estado de cosas que no podría ser calificado de otro modo más que la decadencia de una república. La argumentación jurídica no sería, entonces, más que un engaño, una ilusión, que no obstante perseguiría un propósito social útil. En efecto, según Posner toda la retórica ampulosa del formalismo jurídico de la que se valen los jueces para encubrir sus preferencias personales intentaría generar, ante los legos, una pretensión de certeza e imparcialidad que se parece mucho a los pañuelos con que los ilusionistas distraen al público, pero que no obstante resulta necesaria para fortalecer la posición de las cortes de justicia en nuestras sociedades, algo que quizás, no sea tan malo después de todo, como sostiene nuestro escéptico jurista<sup>34</sup>.

Pero si la argumentación jurídica reposa fundamentalmente en un propósito encubridor, ello obedece sin dudas al carácter moral de nuestros jueces. En efecto, Posner señala que ni las condiciones en el ejercicio de la actual magistratura, ni los métodos de selección y designación de los jueces pueden llevarnos a esperar de ellos esa prudencia, reflexión e introspección que la “literatura jurídica” les atribuye. Lo esencial de su actividad consiste en producir un gran número de decisiones en “rápida sucesión”, con muy poco *feedback* en relación a la corrección o incorrección de sus decisiones. Los jueces, en efecto, formulan sus decisiones “lo mejor que pueden”, y siguen adelante, con el próximo expediente, pues “rara vez miran hacia atrás”. De

33 Richard Posner: “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, p. 1066.

34 Richard Posner: “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 865.

hecho, sostiene Posner, las personas que no se sienten a gusto en esa premura irreflexiva de la magistratura tal como se da hoy en nuestras repúblicas, “no se hacen jueces, no permanecen en el cargo, o son jueces infelices”<sup>35</sup>. Tal como remata Posner de manera algo simplista, “los jueces no pueden permitirse el lujo de demorar una decisión hasta que se encuentren objetivamente persuadidos de que la decisión será la correcta”, y por eso el pragmatismo constituye el enfoque más adecuado para describir los que los jueces normalmente hacen, pues el fundamento mismo del “pragmaticismo” [*sic*] de Peirce es que “la gente odia permanecer en un estado de duda, y hará lo necesario para pasar de la duda a la creencia”<sup>36</sup>.

#### IV.- Reflexión final

La incógnita que el presente trabajo intenta despejar podría finalmente plantearse en estos términos: ¿Hay algo en la propuesta del pragmatismo más allá de una mera *deconstrucción* del formalismo jurídico? Es decir, ¿puede tomarse la propuesta *pragmatista* como un programa de contenidos sustanciales, claros y precisos, de pautas orientadoras bien definidas para una nueva jurisprudencia? En suma, ¿qué directrices habrían de seguir los jueces que quisieran hacer algo más que introducir en la argumentación jurídica sospechas, dudas, escepticismo, y el desencanto de base que parece latir en su propuesta? En un acto de lucidez Posner también se formula una pregunta similar sin brindar respuestas definitivas:

“Un pragmatista podría preguntarse para qué *sirve* todo este decir nada, este quejarse, este machacar en la duda, este montón de aguafiestas [...] No he introducido propuestas drásticas de mejora. Aunque puedo imaginar cambios radicales en el sistema jurídico que llenarían las

---

35 Richard Posner: “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 873.

36 Posner, Richard: *ibidem*. La cita corresponde a Charles S. Peirce: “The Fixation of Belief”, en Justus Buchler (ed.): *The Philosophical Writings of Peirce*, vol. 5, New York: Dover Publications, 1955, p. 10.

instituciones jurídicas de un mayor respeto por la metodología científica (//), no estoy seguro de su justificación, dadas las funciones sociales que el Derecho cumple. ¿He terminado, por consiguiente, en un punto muerto, violando el dicho de Voltaire (que mejora al de Sócrates) de ser moderado en todo, incluso en la moderación?”<sup>37</sup>

A la luz de estas inconsistencias, Dworkin sugiere no tomar demasiado en serio esta propuesta dado el evidente flirteo *pos-modernista* de Posner y los servicios que busca prestar a un movimiento *populista* y *antiteórico* que estaría cobrando cada vez más fuerza e la vida intelectual de Norteamérica<sup>38</sup>.

Nosotros, por nuestra parte, tal vez podamos aprovechar esta lección y ver reflejado en otro escenario y con otros actores lo que a diario padecemos cuando no alcanzamos a comprender por qué buena parte de nuestros alumnos prefiere leer cada vez más a Foucault y cada vez menos a Aristóteles.

El autor es Licenciado en Filosofía, Abogado, y Doctor en Filosofía. Investigador Posdoctoral de FONDECYT (Chile) en el Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, 7620001 Las Condes, Santiago, Chile).

*Recibido: 30 de abril de 2014*  
*Aprobado: 30 de mayo de 2014*

---

37 Richard Posner: *The Problems of Jurisprudence*, pp. 460-461.

38 Ronald Dworkin: “Darwin’s New Bulldog”, pp. 1718-1719, y nota a pie nº 6.



# **Guía para la publicación de artículos**

## **Opúsculo Filosófico**

La revista *Opúsculo Filosófico* es una publicación periódica con trabajos de investigación expuestos en el Centro de Estudios de Filosofía Clásica de la Universidad de Filosofía y Letras en la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, abierta a contribuciones sobre todos los aspectos de la filosofía, sobre grandes temas y autores de la filosofía occidental, que signifiquen un aporte original a esta disciplina. La convocatoria para la recepción de artículos se encuentra abierta en forma permanente.

### **Envíos**

Las contribuciones propuestas deberán enviarse por correo electrónico y en formato electrónico a:

ceficinvestigacion@yahoo.com.ar,  
con copia a mirta.ffyl@gmail.com.

### **Sistema de evaluación**

Los originales serán sometidos a un proceso editorial que se desarrollará en varias fases. En primer lugar, los artículos recibidos serán objeto de una evaluación preliminar por parte de los miembros del Consejo Científico, El Director, La comisión editorial y/o la Comisión de Revisión, quienes determinarán la pertinencia de su publicación. Una vez establecido que el artículo cumple con los requisitos temáticos, además de los requisitos formales indicados en estas normas de publicación, serán enviados a dos pares académicos externos, quienes determinarán en forma anónima: a) publicar sin cambios, b) publicar cuando se hayan producido correcciones menores, c) publicar

cuando se haya efectuado una revisión a fondo o d) rechazar. En caso de discrepancia entre ambos resultados, el texto será enviado a un tercer árbitro, cuya decisión definirá la publicación. Los resultados del proceso del dictamen académico serán inapelables en todos los casos.

El envío de un artículo a *Opúsculo Filosófico* indica que es original y que no ha sido previamente publicado ni es evaluado contemporáneamente para su publicación en otra revista. El hecho de que los trabajos hayan sido comunicados a sociedades científicas, o publicados en forma de “Resúmenes”, no es un obstáculo para su publicación.

### **Normas de publicación**

- Se aceptarán artículos en castellano o francés, inglés, italiano, portugués o alemán.
- El editor no realiza revisiones lingüísticas. Por tanto, los manuscritos deben estar escritos en forma correcta en cada una de las lenguas.
- El texto debe enviarse listo para imprimir. Los autores de los trabajos seleccionados recibirán las pruebas de galera en formato PDF para su revisión. Por razones técnicas, no se permitirán cambios sustanciales o demasiado extensos.
- Todo texto deberá presentarse en hoja tamaño A4 con los siguientes márgenes: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm, en fuente Times New Roman tamaño 12, y un interlineado de 1,5 ptos. Alineación justificada y sangría en la primera línea de 0,5 cm.
- Artículos: la extensión será desde 20 hasta 40 páginas incluidas las citas que deberá ser breves e irán a pie de página.
- El autor deberá elaborar un sumario que se colocara des-

pués de los datos del autor, ejemplo:

PATRICIA ANDREA CİNER

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN JUAN

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUYO

xxxxxxx@hotmail.com

### **Sumario:**

1. Introducción
  2. La Teología del Hijo/*Logos* y su relación con la Sofía
  3. Implicancias cosmológicas de la noción de Sabiduría
  4. La Experiencia Mística como un proceso de encuentro con la Sabiduría
  5. Conclusiones
- 
- Los datos del autor/res constarán en el cuerpo del correo electrónico al que se adjuntará el correspondiente archivo. Los datos deberán incluir nombre y apellido completo del autor/res, titulación, filiación académica y área principal de investigación. El nombre del archivo será el nombre del artículo. El artículo no contendrá ninguna referencia que pueda identificar a los autores. Cualquier indicación, por ejemplo, trabajos citados o agradecimientos que se quieran hacer constar, que revelen la identidad de los autores, se agregarán en el cuerpo del mismo correo electrónico.
  - Todos los artículos deberán ser acompañados de un resumen de no más de 150 palabras en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma que será el inglés. Se deberá incluir entre dos y cuatro palabras clave o equivalente en el

idioma original del trabajo y en un segundo idioma. Tanto el resumen como las palabras claves deberán colocarse en fuente Times New Roman 11, interlineado 1,5 pts.

- Las referencias bibliográficas seguirán el criterio indicado en los siguientes ejemplos:
  - Libros:  
GERSON, Lloyd. 1994. *Plotinus*. London/New York: Routledge.
  - Capítulos de libros:  
HALLIWELL, Stephen. 2006. *An Aristotelian Perspective on Plato's Dialogues*. En HERRMANN, Fritz-Gregor (ed.) *New Essays on Plato*, Swansea, pp. 189-211.
  - Cuando se cita la obra varias veces se procederá como sigue: HALLIWELL, Stephen, pp. 189-211.
- Los artículos y notas deberán presentarse con:
  - Títulos en mayúsculas y negrita (sin punto final), centrado.
  - Título traducidos al inglés, colocado después del título en castellano.
  - Transcripciones breves (menos de 4 renglones): entrecomilladas (“...”), en el cuerpo del texto.
- Transcripciones más extensas: sin comillas en párrafo aparte, con sangría adicional de 0,5 cm en márgenes izquierdo y derecho (sin sangría especial en primera línea), fuente Times New Roman 11 interlineado 1,15pts.
  - Subtítulos en itálicas: La primera letra con mayúscula y el resto con minúsculas, sin punto final, numerados correlativamente, a renglón seguido del texto procedente.

- Palabras griegas latinizadas y en cursiva.
- Palabras extranjeras en cursiva.
- Toda palabra que quiera destacarse se escribirá en cursiva.
- Toda palabra a utilizar con una fuente o tipografía que no sea Times New Roman debe ser enviada.
- Número de nota en superíndice, después del signo de puntuación. Ej: texto.<sup>1</sup>, “...”<sup>1</sup>, (...)<sup>1</sup>
- No colocar bibliografía al final del trabajo. Toda la bibliografía debe estar citada a pie de página.

## **Papers publication guidelines**

### **Opúsculo Filosófico**

*Opúsculo Filosófico* is a quarterly publication that includes research works presented at the Centro de Estudios de Filosofía Clásica of the Universidad de Filosofía y Letras in the Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. This journal accepts any contribution covering aspects of philosophy, important themes and authors of western philosophy with original bearings on the subject. The call for papers is open all over the year.

#### **Delivery**

All contributions should be sent in electronic format to:  
ceficinvestigacion@yahoo.com.ar  
with copies to mirta.ffyl@gmail.com

#### **Evaluation system**

The articles submitted will undergo an editing process beginning with a preliminary evaluation by members of the Scientific Council, the Director, the editorial committee and/or the Revision Committee who will determine their approval of subject matter. Once this settled and the necessary publishing requisites confirmed as to theme and format, the articles will be sent to blind academic peers who will assess: a) to publish with no changes, b) to publish once minor changes are made, c) to publish after an in depth revision, d) to reject. If no agreement is reached the article will be sent to a third peer whose decision will be final.

Any article sent to *Opúsculo Filosófico* must be original, not previously published, nor presented to be reviewed by any

other publication. However, articles submitted to scientific societies or appearing as summaries will be accepted for publication.

### **Publishing norms**

- Articles will be accepted written in Spanish, French, English, Italian and German.
- The editor can not undertake a linguistic revision. Thus the manuscripts must be correctly written in the author's mother tongue.
- The text must be sent ready to be printed. Authors of selected works will receive a set of galleys in PDF form for their revision. For technical reasons, substantial or over lengthy changes will not be accepted.
- Texts must be submitted in A4 size page with the following margins: top and bottom 2.5 cm, left and right: 3 cm. Time New Roman font, type 12, with 1.5 line spacing, justified, and 0.5 cm first line indent.
- Length of articles: 20 to 40 pages, including brief footnote quotations.
- Summary: The author must add a summary to be placed following the author's data, for example:

PATRICIA ANDREA CÍNER

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN JUAN

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUYO

xxxxxxx@hotmail.com

**Summary:**

1. Introducción
  2. La Teología del Hijo/*Logos* y su relación con la Sofía
  3. Implicancias cosmológicas de la noción de Sabiduría
  4. La Experiencia Mística como un proceso de encuentro con la Sabiduría
  5. Conclusiones
- The author's data will appear in the same e-mail with the corresponding file. The data must include full name, degree, affiliation, academic and major research area. The name of the file will be the title of the article. The article must not identify the author in any way. Any indication that might reveal the author's identity, such as work references or acknowledgements should be added in the same e-mail.
  - Every article must have a summary of not more than 150 words in the original language and in a second language, English. In both the original and the second language, two or three key words must be included. Summary and key words must be in Times New Roman font type 11, with 1.5 line interspace.
  - Bibliographic references as follows:

- Books:  
GERSON, Lloyd. 1994. *Plotinus*. London/New York: Routledge
- Chapters:  
HALLIWELL, Stephen. 2006. *An Aristotelian Perspective on Plato's Dialogues*. Herrmann, Fritz-Greorg (ed.) *New Essays on Plato*, Swansea, pp.189-211.
- With several quotations of the same book:
- HALLIWELL, Stephen, pp. 189-211.
- Articles and notes should be presented:
- Centered and in bold, ALL CAPS.
- English translation of title placed below the Spanish title.
- Brief quotations (less than 4 lines): with quotation marks (“...”), within the text.
- Lengthier quotations without quotation marks in a separate paragraph, with an additional indent of 0.5 cm in left and right margin (without first line indent), Times New Roman font, type11, interspace 1.15.
- Subtitles in italics. First letter in capital letter, the rest in small case letters, no period, automatically numbered.
- Greek words Latinized and in italic.
- Foreign words in italic.
- Highlighted words in italic.
- Any font other than Times New Roman must be sent.
- Number of notes in superindex, after the punctuation mark, e.g.: text.<sup>1</sup>, “...”<sup>1</sup>, (...),<sup>1</sup>
- Do not place bibliography at end of work. All bibliography must be quoted in footnote.



