

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), 43  
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

# El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho\*

## The Legal Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr. and the Predictive Theory of Law

Horacio J. J. Piombo

### Autor:

Horacio J. J. Piombo  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
hjp2127@columbia.edu  
<https://orcid.org/0000-0002-1664-5319>

Recibido: 26-02-2019

Aceptado: 5-11-2019

### Citar como:

Piombo, Horacio J. J., (2020). El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, pp. 189-218. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.08>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Horacio J. J. Piombo

### Resumen

«Yo entiendo por “Derecho” las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos». Con estas pocas palabras, Holmes, Jr. resumía su antiformalista Teoría predictiva del Derecho. Este artículo sostiene que dicha construcción fue pensada para el abogado practicante y que responde a la corriente filosófica pragmática, habiendo Holmes también recurrido ocasionalmente al pragmatismo para resolver casos difíciles en su rol de juez. Pero como el pragmatismo judicial ha sido tachado de antijurídico y amorfo –y, por ende, impredecible–, intentaré determinar hasta qué extremo este último es compatible con la idea de que la conducta de los jueces puede ser anticipada para así descubrir el contenido del Derecho.

**Palabras clave:** la senda del Derecho; teoría predictiva del Derecho; filosofía pragmática; pragmatismo judicial; Oliver Wendell Holmes; Richard Posner; Stephen Breyer.

### Abstract

«The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. With these few words, Holmes, Jr. summarized his anti-formalistic Predictive Theory of the Law. This article claims that such construction was conceived for the practicing attorney and that it is the by-product of pragmatic philosophical thinking, having Holmes also occasionally resorted to pragmatism to decide hard cases as a judge. But since the pragmatic approach to judicial decision-making

\* Las traducciones al español de los pasajes pertinentes han sido extraídas de la edición de *The Path of the Law* publicada por Abeledo Perrot en Buenos Aires en el año 1975, bajo el título *La Senda del Derecho*. Agradezco al Hon. Richard J. Sullivan, Juez de la Corte Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito (YLS’ 90), por la supervisión y sugerencias durante la elaboración del presente trabajo cuya versión original fue presentada en el marco del seminario *American Jurisprudence: Judicial Interpretation and the Role of Courts* durante el otoño de 2017 en la Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia.

has been accused of being lawless and formless –thus unpredictable– I will try to determine to what extent the latter can be reconciled with the idea that a judge’s conduct may be anticipated so to discover the content of the law.

**Keywords:** The Path of the Law; Predictive Theory of the Law; Philosophical pragmatism; Legal Pragmatism; Oliver Wendell Holmes; Richard Posner; Stephen Breyer.

## I. «EL MAL HOMBRE» Y LA TEORÍA PREDICTIVA DEL DERECHO: LA MIRADA DE UN ABOGADO PRACTICANTE

**E**l 8 de enero de 1897, Oliver Wendell Holmes, Jr. –quien por ese entonces se desempeñaba como juez asociado de la Suprema Corte de Massachusetts– se dirigió a una entusiasta audiencia de alumnos y profesores de la Universidad de Boston. La ocasión era la inauguración de un nuevo edificio para la Escuela de Leyes, motivo por el cual se esperaba que la disertación tuviera tono ceremonial y, dada la naturaleza de gran parte de los oyentes, vocacional también. *La Senda del Derecho* (*The Path of the Law*), título que le puso a su ensayo y que se publicaría dos meses más tarde en el *Harvard Law Review*, no tenía nada de eso. En lugar de referirse a los abogados como «protectores de derechos» de la manera en que era corriente en los discursos de graduación, o incluso en elogios escritos por él mismo a colegas difuntos<sup>1</sup>, Holmes se refirió a los abogados de la peor manera con la que la sociedad los podía ver: como consejeros a sueldo de personas malvadas.

En su afamado artículo, que iría a convertirse en el «evangelio» del realismo jurídico norteamericano<sup>2</sup>, Holmes por primera vez reveló sin eufemismos lo que el Derecho significaba para él. Solo una muy sutil referencia había sido deslizada años antes en su renombrado *The Common Law*, cuando dijo que «La vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia»<sup>3</sup>. Algunos han visto en esa frase un resumen de su concepción polifacética del Derecho, la una estática –marcada por el juego de las reglas y estándares extraíbles de los precedentes y las leyes– y la otra dinámica –determinada por las proyecciones en el Derecho de nociones de justicia, razonabilidad y política pública que lo mantenían en permanente evolución–<sup>4</sup>. Otros, más resumidamente, que allí por «lógica» estaba aludiendo al formalismo y por «experiencia» al empirismo<sup>5</sup>, allanando el camino para la más emblemática proclamación que estaba por venir.

1. GORDON, 2000: 11-12. El autor sostiene que «*La Senda del Derecho* es también un discurso vocacional, aunque uno en el cual Holmes deja en claro que viene a limpiar la casa. Barriando con su escoba modernizadora, Holmes ataca las viejas tradiciones como si fuesen telarañas... Pero el contraste más dramático con los discursos vocacionales tradicionales no se da en aquello de lo que se burla sino en aquello que falta. En ningún lugar se refiere al abogado como el ministro de justicia o la persona de confianza de sus clientes o de la sociedad en general - el abogado como protector de derechos...».

2. FISCH, 1942: 86.

3. HOLMES, 2009: 14.

4. POSTEMA, 2011: 57-70.

5. POSNER, 2003: 57.

En su notable exposición, Holmes montó un asalto sin cuartel contra dos principios sumamente arraigados para las operaciones del Derecho. En palabras de LUBAN: «...veloz y brutalmente demolió las pretensiones de la ley de ser la autoridad lógica o moral»<sup>6</sup>. Es que de un lado echó por tierra la tradicional aproximación formalista-silogística para la interpretación del Derecho<sup>7</sup>, mientras que por otro mostró un gran escepticismo hacia los valores morales como medios aptos para su entendimiento. Ambas afirmaciones estaban en cierto modo conectadas y fueron ilustradas a través de la analogía de aquello a lo que se refirió como el «mal hombre», idea sobre la cual iría a construir lo que pasaría a conocerse como la Teoría predictiva del Derecho:

Quando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso, sino una profesión bien conocida. Estudiamos para adquirir el conocimiento que necesitamos cuando debemos comparecer ante los jueces o cuando tengamos que asesorar a otras personas acerca del proceder más adecuado para evitar enredos judiciales [...] La gente desea saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrá el riesgo de hallarse enfrentada con una fuerza tan superior a la propia; esto solo justifica la consiguiente tarea de determinar los límites más allá de los cuales habrá que temer la materialización de aquel peligro. *El objeto de nuestro estudio es, pues, predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia.*<sup>8</sup>

Con el propósito de explicar qué quería decir por predicción y, al mismo tiempo, trazar una línea de separación entre lo legal y lo moral, introdujo el concepto del «mal hombre»:

Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del Derecho– en los mandamientos de su conciencia.<sup>9</sup>

Y cuando tuvo que hacer frente a la pregunta fundamental sobre qué era el Derecho, exclamó:

Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. *Yo*

6. LUBAN, 1997: 1547-1548.

7. ZANE, 1918: 337-338 («Cada acto judicial que resulta en un juicio consiste en algo puramente deductivo... El viejo silogismo, “Todos los hombres son mortales, Sócrates es un hombre, ergo él es mortal”, plantea esa precisa forma de razonamiento judicial»).

8. HOLMES, 1897.

9. HOLMES, 1897: 459.

*entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos.*<sup>10</sup>

La Teoría predictiva de Holmes, esta idea por la cual el contenido del Derecho está determinado por la conducta que previsiblemente adoptarán los jueces en un caso concreto y no por reglas abstractas predisuestas, atrajo mucho criticismo, especialmente en los años inmediatos a su fallecimiento. La mayoría de estas críticas giraron en torno a su idea de recurrir al «mal hombre» para describir al Derecho<sup>11</sup>, además de haber habido varios intentos para determinar quién era en definitiva ese hombre malvado (¿Un cliente necesitado de asistencia legal? ¿Un extraño al sistema? ¿Un hombre autónomamente moral dispuesto a obedecer la ley pero no a que ella le diga lo que está bien o está mal?).<sup>12</sup> Por lo demás, su sugerencia de divorciar la ley de la moral fue ampliamente rechazada, a pesar de que algunas de sus afirmaciones contenidas en *La Senda del Derecho* pueden haber sido mal interpretadas.<sup>13</sup> Similares distorsiones se vislumbran entre aquellos que han leído la teoría predictiva de Holmes como algo absolutamente absurdo, al probarla desde el punto de vista de un juez y no de un litigante.<sup>14</sup>

Por eso mismo, comienzo este trabajo asumiendo que la Teoría predictiva del Derecho propuesta por Holmes es mejor entendida si se la estudia como concebida para los abogados practicantes, quienes según nuestro autor deben ser capaces de vaticinar lo que los tribunales harán «en concreto» para de esa forma asesorar a sus clientes en función del derecho que previsiblemente habrá de regir su caso. Como advirtiese FISCH tras poner de resalto el carácter pragmático de la premisa:

[Holmes] claramente concibe al Derecho no desde la mirada del legislador o del juez, sino de la del abogado practicante... cuando Holmes pronunció su discurso ya era, y venía siéndolo desde hacía quince años, juez asociado de la Suprema Corte de Massachusetts. Por ende, es inconcebible que en su labor judicial haya pensado el Derecho en clave predictiva, excepto con referencia a una posible apelación de sus sentencias ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los jueces simplemente no se embarcan en predecir su propia conducta.

10. HOLMES, 1897: 460-461.

11. Cfr. FULLER, 1940.

12. LUBAN, 1997: 1561-1562.

13. LUBAN, 1997: 1567. Sostiene este autor que una lectura sensata del argumento de Holmes «...no es un ataque al estatus moral de los deberes legales. En su lugar, es un intento de eliminar la confusión dentro del concepto mismo de deber legal: una confusión entre leer palabras morales en textos legales en su sentido deontológico, lo que sugiere imperativos categóricos, y leerlas en su sentido legal, lo cual solamente se traduce una obligación de tipo disyuntiva».

14. LUBAN, 1997: 1577-1578 («Yo entiendo por ‘Derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos» tiene cierto sentido desde el punto de vista del abogado practicante, mas no tiene sentido desde el punto de vista de un juez. Aquellos jueces desconcertados acerca del Derecho aplicable a un caso no responderán sus preguntas prediciendo su propia conducta. El problema no es que no puedan hacerlo bien, sino que no pueden hacerlo mal: cualquier respuesta será correcta... Si el Derecho consiste en las profecías de lo que los tribunales harán, pues entonces las decisiones judiciales serían profecías autocumplidas»). Ver también LEITER, 1997 y D’AMATO, 2008.

Entonces, es razonable inferir que la primera formulación de su teoría es anterior a su nombramiento como juez.<sup>15</sup>

En sentido similar, GREEN ha clarificado que «Las predicciones son relevantes, no para los jueces, sino para los ciudadanos –en especial los litigantes. Dado que el Derecho es lo que el juez decide, debemos predecir cómo un juez va a fallar a fin de determinar el contenido de aquel. Las predicciones son intentos de descubrir el Derecho, no son en sí mismas el Derecho»<sup>16</sup>. Esta formulación fue en respuesta a las burlas de LEITER, quien decía que «...de acuerdo a [la teoría predictiva de Holmes], el juez que se propone descubrir el “Derecho” en determinado asunto sobre el cual debe dictar sentencia, en realidad está tratando de descubrir qué es lo que él mismo hará, ¡Pues el “Derecho” es equivalente a una predicción de lo que él mismo hará!»<sup>17</sup>.

Planteada del modo sugerido –ampliamente compartido y que entiendo es el apropiado–<sup>18</sup>, la proposición de Holmes de que el Derecho son las «profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto» asume que los abogados litigantes deberían de algún modo poder predecir lo que los jueces eventualmente resolverán en casos futuros o pendientes. Ciertamente la predicción puede parecer una tarea relativamente factible y hasta sencilla si el juez asignado al caso fuese un devoto textualista llamado a interpretar mecánicamente y por su significado corriente una ley presuntamente carente de ambigüedades, de un modo semejante al magistrado modelo de la era del *Code Napoléon*.<sup>19</sup> Pero como intentaré demostrar en la próxima parte del trabajo, la Teoría predictiva del Derecho avanzada por Holmes fue el producto de la corriente filosófica conocida como «pragmatismo» e igualmente pragmático parece haber sido el método por él adoptado en su rol de juez para adjudicar algunos casos dudosos o, en la jerga holmesiana, “intersticiales”<sup>20</sup>. Y esto es lo que despierta mi inquietud.

Es que el pragmatismo judicial –tópico que desarrollaré más adelante– ha sido acusado de ser «amorfo» e «ilegítimo», dando pábulo a que «casos iguales no sean tratados del mismo modo».<sup>21</sup> Esto último naturalmente puede generar una grave sospecha de que semejante aproximación a la resolución de controversias judiciales es absolutamente incompatible con la idea de que los abogados puedan predecir la conducta de un juez con el objeto de desentrañar el contenido del Derecho, de modo de ser capaces de establecer de antemano qué tan bien o mal le irá a su cliente ante los tribunales: a ese «mal hombre» solo interesado en las consecuencias coercitivas de su conducta.

15. FISCH, 1942: 87.

16. GREEN, 2005: 1928.

17. LEITER, 1997: 270.

18. POSTEMA, 2011: 63.

19. Cfr. MONTESQUIEU, 1995: 116 («Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi»).

20. BADER GINSBURG, 1992: 1198.

21. POSNER, 2003: 97.

Si bien quienes más han estudiado a Holmes –con salvadas excepciones<sup>22</sup>– concluyen que no obstante su total escepticismo hacia las reglas abstractas, raramente se condujo en otros términos más que formalistas durante su carrera<sup>23</sup>, invito a indagar qué tan compatibles son la Teoría predictiva del Derecho y el pragmatismo judicial que sin embargo parece haber seguido al escribir sus más importantes opiniones como juez asociado de la Suprema Corte. Porque si los jueces pragmatistas responden a la oscilante definición avanzada en el párrafo anterior, pues entonces difícilmente podría ser exitoso cualquier intento predictivo tendiente a descifrar el fenómeno jurídico cuando se comporten de esa manera. Y aun cuando pueda tolerarse aquello instintivamente paradójal de no tener que seguir en la práctica lo que tanto se predica desde la teoría, me atrevo a ver con ojo crítico a través de ese blindaje a los fines de descubrir si existe algo que permita conciliar el pragmatismo judicial con la teoría predictiva y así poner a esta última en una mejor luz.

## II. EL FILÓSOFO PRAGMÁTICO

Pretendo ser extremadamente conciso en esta descripción pues no quiero desviar mucho la atención en un tramo que, si bien trata de un necesario hilo conductor para el resto del trabajo, no es a fin de cuenta su tema principal. Por lo demás, cualquier elaboración acabada sobre el tópico demandaría una extensión muy superior a la que puedo brindarle aquí, ni mencionar que lo que vaya a decir no sería sino ociosa reiteración de trabajos doctrinarios envidiablemente enjundiosos publicados en los últimos ochenta años.

Hecha esa aclaración, para WELLS uno de los «temas recurrentes» en los esfuerzos de la comunidad académica por entender a Holmes ha sido una incesante lucha por ubicarlo dentro de una tradición intelectual más amplia.<sup>24</sup> En tal sentido, Holmes ha sido considerado una «persona difícil de clasificar». No obstante, hay quienes se han animado a caracterizarlo ya sea como un antiformalista, un positivista, un instrumentalista o, también, un utilitarista<sup>25</sup>. Pero por otro lado están quienes encasillan a Holmes en el marco de la tradición filosófica pragmática.<sup>26</sup> Y parece haber buenos argumentos para esta sugerencia.

Es que Holmes fue un prominente miembro del llamado «Club Metafísico», nombre adoptado por el aborrecimiento de sus integrantes hacia esa clase de absolutismo.<sup>27</sup> Se

22. POHLMAN, 1991: 219. Afirmando que en el campo de la adjudicación constitucional el aparente formalismo de Holmes no fue sino un artilugio retórico, adoptando en realidad un método inductivo, empírico y comparativo basado en los hechos del caso.

23. GREY, 1995: 27.

24. WELLS, 1988: 543.

25. WELLS, 1988: 544-545.

26. Cfr. WELLS, 1988: 543; FISCH, 1942: 87-95; GREY, 1989: 788; KELLEY, 1990: 427; POSNER, 2003: 1, 12, 34, 44 y 48.

27. KELLOGG, 2007: 105.

trataba de un grupo de intelectuales graduados de Harvard que se reunió en Cambridge a principios de la década de 1870, entre los que se encontraban Charles Sanders Peirce, William James, Chauncey Wright y Nicholas St. John Green. Sus discusiones involucraban un amplio abanico de temas, entre ellos, el pragmatismo de Peirce y la naciente teoría predictiva de Holmes.<sup>28</sup>

El pragmatismo como método filosófico puede ser resumido como un modo de componer desacuerdos metafísicos que de otra forma serían interminables, mediante la apreciación de las consecuencias prácticas que resultarían si una u otra noción fuese tenida por válida.<sup>29</sup> Por consiguiente, los pragmatistas son escépticos que descreen en la existencia de verdades absolutas o universales, especialmente en el campo de la teoría moral.

Como señala FISCH, había importantes semejanzas entre el pragmatismo de Peirce y la Teoría predictiva del Derecho de Holmes, a punto tal que el primero llegó a afirmar que los estudios de este último eran «la única aplicación sistemática del pragmatismo jamás realizada hasta el momento».<sup>30</sup> Así, mientras la máxima pragmática sostiene que «...el significado de una concepción reposa en sus efectos prácticos; la teoría predictiva de Holmes vincula el significado de una concepción legal con los efectos de la conducta de los jueces al decidir casos individuales».<sup>31</sup>

Otra pieza central en la doctrina pragmática de Peirce era la noción por la cual la verdad era identificada con la opinión final a la que llegaba una comunidad luego de la práctica indefinida del método científico. Asombrosas semejanzas pueden hallarse entre la «comunidad de investigadores científicos» de Peirce y la «comunidad de ciudadanos» de Holmes.<sup>32</sup> En efecto, este parece haberse valido de la comunidad como una «fuente objetiva de estándares axiológicos».<sup>33</sup> Al respecto, tuvo oportunidad de referirse en *The Common Law* a la asistencia que le proveía el jurado a la hora de establecer la responsabilidad en casos de negligencia, pues este daba cuenta del sentimiento comunitario.<sup>34</sup>

Por último, como muchos pragmatistas de esa época, Holmes pensaba que los métodos de la ciencia proveían los principales medios legítimos para avanzar el conocimiento humano. Se ha notado que «...el respeto por la ciencia como método legal surge por todas partes en sus trabajos. Claramente creía que los jueces podían ser asistidos por

28. WELLS, 1988: 545.

29. JAMES, 1907: 43-45 («¿Existe un mundo o varios? ¿predestinado o libre? ¿material o espiritual? He aquí nociones del mundo que pueden o no ser ciertas; y las discusiones acerca de tales nociones son de no acabar. El método pragmático en tales casos consiste en tratar de interpretar cada noción rastreando sus respectivas consecuencias prácticas. ¿Qué diferencia práctica habrá si una noción en vez de otra fuese cierta? Si no se verifican diferencias prácticas, pues entonces las alternativas significan prácticamente lo mismo y cualquier discusión al respecto es estéril. Cuando una discusión es seria, debemos poder demostrar alguna diferencia práctica para determinar si una u otra parte está en lo cierto»).

30. FISCH, 1942: 87.

31. WELLS, 1988: 543 y sigs.

32. ROSENBLATT, 1975: 1123.

33. WELLS, 1988: 583.

34. WELLS, 1988: 583; POSTEMA, 2011: 61, 76.

evaluaciones científicas acerca de los efectos de las políticas judiciales. Igual de claro es que pensaba que podía existir un estudio antropológico del Derecho y de las instituciones legales». <sup>35</sup> Todo ello, a pesar de que jamás explicó de qué manera el método científico aplicaba a los procesos de decisión judiciales y solo esporádicamente recurrió al conocimiento científico para resolver un caso como magistrado.

### III. EL JUEZ PRAGMÁTICO

#### 1. El pragmatismo judicial

En los párrafos precedentes he plasmado mi sugerencia de que Oliver Wendell Holmes, Jr. abrazó la filosofía pragmática y que su Teoría predictiva del Derecho plasmada en *La Senda del Derecho* fue producto de aquella. Ahora es momento de definir el método de adjudicación pragmática –conocido como «pragmatismo judicial»– y vincularlo a nuestro autor.

En esa dirección, POSNER afirma que parece haber existido una «talante pragmática» desde los tiempos de la *Odisea* <sup>36</sup>, lo que dio impulso a la filosofía pragmática que luego «...se derramó al Derecho con la influencia de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo y los realistas jurídicos de las décadas de 1920 y 1930, como así también a otros campos científicos». <sup>37</sup> El inconveniente con el pragmatismo fue que, como concepción filosófica, se tornó demasiado técnica como para ser trasplantada sin más a la dimensión jurídica. Aun así, esa «talante» pudo escabullirse con algo de esfuerzo dentro del mundo de los abogados. En un artículo de doctrina publicado por DEWEY en 1924, este exclamó que la profesión legal necesitaba de «una lógica relativa a las consecuencias más que con los antecedentes». <sup>38</sup>, abriendo paso a una adecuación del pragmatismo como método de solución de controversias judiciales. <sup>39</sup>

A la hora de definir cierta corriente jurídica, raramente personas enroladas en ella como opuestas a sus postulados tienden a coincidir en su descripción. En el caso del pragmatismo judicial esto casi que es verdad, salvo por una pequeña pero relevante cualificación. DWORKIN, quien favorecía una aproximación muy distinta –el «Derecho como integridad» <sup>40</sup>–, describió al juez pragmático como alguien que:

35. WELLS, 1988: 562.

36. POSNER, 1995: 26-27. Considera que la «talante pragmática» puede verse en la *Odisea*, donde el personaje principal, Odiseo, tiene que lidiar con su entorno en vez de imponerse a él mediante la fuerza bruta. «Él es la persona más inteligente en la *Odisea*, pero su inteligencia es enteramente práctica, adaptativa. A diferencia de Aquiles en la *Iliada*, quien se entrega a la reflexión, en especial acerca de la ética heroica en sí misma, Odiseo es pragmático. Es un razonador instrumental antes que uno especulativo».

37. POSNER, 2003: 34.

38. DEWEY, 1924: 26.

39. GREY, 1996.

40. POSNER, 1995: 11.



Adopta una actitud escéptica con respecto a la suposición que consideramos personificada en el concepto del Derecho: niega que las decisiones políticas del pasado proporcionen cualquier justificación ya sea para usar o retener el poder coercitivo del Estado. Halla la justificación necesaria para la coerción en la justicia, la eficiencia o cualquier otra virtud contemporánea de la decisión coercitiva misma, como cuando la toman los jueces, y agrega que la coherencia con cualquier decisión legislativa o judicial del pasado no contribuye en principio a la justicia o la virtud de cualquier decisión actual. Cree que si los jueces se guían por este consejo, a menos que cometan grandes errores, la coerción que dirigen hará que el futuro de la comunidad sea más brillante, liberado de la mano muerta del pasado y del fetiche de la coherencia por su propio bien.<sup>41</sup>

Más específicamente, DWORKIN aseguraba que «El pragmático piensa que los jueces siempre deberían hacer lo mejor posible para el futuro sin necesidad de respetar o asegurar una coherencia de principio con aquello que otros funcionarios han hecho o harán».<sup>42</sup> El exjuez POSNER –un autodefinido pragmático– está dispuesto a reconocer las apreciaciones de DWORKIN, aunque dándole una vuelta de tuerca a su descripción. Él redefine el concepto de adjudicación pragmática diciendo que «...los jueces pragmáticos siempre deben hacer lo mejor posible para el futuro, *sin sentir que tienen un deber* de asegurar una coherencia de principio con aquello que otros funcionarios han hecho o harán».<sup>43</sup> De acuerdo a esta variación, «El juez pragmático tiene diferentes prioridades... quiere surgir con la mejor decisión teniendo en cuenta las necesidades tanto presentes como futuras, razón por la cual no considera a la consistencia con decisiones pasadas como un fin en sí mismo, sino simplemente como un medio para arribar al mejor resultado en el caso bajo examen».<sup>44</sup>

Lo esencial del método de juzgamiento pragmático es una gran preocupación por las consecuencias de la decisión. El acatamiento de autoridades legislativas o judiciales pasadas puede ser recomendable en ciertas ocasiones, pero ello no es obligatorio. En eso difiere básicamente el pragmatismo del formalismo jurídico: el primero descarta la idea de que todas las cuestiones legales puedan ser arregladas mediante la subsunción de los hechos con los conceptos contenidos en las fuentes normativas, sin preguntarse si el resultado de esa operación «realmente funciona». En su lugar, el pragmatismo judicial es prospectivo, mira hacia el futuro, lo que significa que valora la consistencia con el pasado solo en la medida en que ello colabore a resolver los problemas del presente y del futuro.<sup>45</sup> Por ende, según POSNER, un juez bien puede selectivamente actuar bajo el ropaje del formalismo para dirimir ciertas controversias legales, si eso resulta ser la cosa más pragmática de hacer en una determinada situación. Pero lo anterior en modo

41. DWORKIN, 1986: 151-152; 2012: 115.

42. DWORKIN, 1986: 161.

43. POSNER, 1996: 3-4.

44. POSNER, 1996: 5.

45. POSNER, 1995: 4.

alguno significa que con ello el juez se haya convertido en un formalista; en todo momento sigue siendo un pragmático.<sup>46</sup>

Asimismo, cuando las convenciones existentes, luego de suficiente consideración, fracasasen a la hora de suministrar una solución razonable para el caso concreto en tanto llevarían a consecuencias indeseadas, el juez pragmático está dispuesto a torcer su mirada hacia fuentes no ortodoxas a fin de arribar al mejor resultado posible.<sup>47</sup> La «talante pragmática» y su interés por otras ciencias se torna evidente en este punto, dado que el pragmatismo judicial es empírico y está focalizado en los hechos y posibles efectos de soluciones alternativas. A la vez, observa con escepticismo las verdades universales, por lo que en rigor es falibilista<sup>48</sup>: confía que el método científico es un «revelador de falsedades» capaz de «reducir el área de incertidumbre humana al generar hipótesis falsificables y confrontarlas con la información».<sup>49</sup>

Por añadidura, un juez pragmático puede acudir al sentido común, aquello que POSNER llama el «marco de referencia» aludiendo a esas creencias que son universalmente compartidas dentro de una misma cultura. Sin embargo, el pragmático está al tanto de que ciertas proposiciones de sentido común pueden variar, incluso rápidamente, además de conocer que del hecho de que algo no pueda ser probado no significa que deba ser ignorado.<sup>50</sup> Lo importante es identificar cuándo un marco de referencia comienza a ser extremadamente abarcativo, máxime en una sociedad pluralista con distintas costumbres, valores y creencias.<sup>51</sup>

## 2. ¿Era Holmes un juez pragmático?

Es hora de ver qué tan bien los elementos del pragmatismo judicial le calzan a Holmes, el juez. Sin duda llega a esta dimensión adjudicativa con un pesado bagaje pragmático: básicamente, la Teoría predictiva del Derecho a la que me referí al comienzo, donde entre otras cosas aseveré que la continuidad con el pasado lejos estaba de representar un imperativo categórico («...es indignante que no pueda fundarse una regla de derecho

46. POSNER, 2003: 94.

47. POSNER, 1996: 6, 8-9, 11, 13-14. Ver también POSNER, 2003: 77 («...el pragmático, al no estar preocupado por mantener la autonomía conceptual y las pretensiones formalistas del Derecho, está más abierto que el pensador jurídico convencional a invasiones de otros campos del pensamiento»).

48. POSNER, 2003: 8-9, 101.

49. POSNER, 1996: 6.

50. POSNER, 1996: 5 («Aun nuestras “verdades” más tenaces no son de aquellas susceptibles de ser demostradas, probadas, discutidas, investigadas, sino aquellas tan íntegramente ligadas a nuestro marco de referencia que ponerlas en duda nos arrojaría a un estado de desorientación desesperanzada... Que tenemos cierta edad, que tenemos un cuerpo, que ningún humano nacido en el siglo XVII está vivo hoy, que los objetos no dejan de existir cuando desaparecen del campo visual, que otra gente también tiene conciencia y que la Tierra es anterior a todos nosotros, son creencias de tal carácter»).

51. POSNER, 1996: 6 («La afirmación de que todo ser humano ha tenido un padre humano excepto Jesucristo pertenece a un marco de referencia, el cristiano; la negación de esa aseveración a otro, el científico»).

en nada mejor que el hecho de haber sido establecida en tiempos de Enrique IV»).<sup>52</sup> Pero también su sumamente pragmática Teoría de la opción contractual<sup>53</sup> y su «test vomitivo» para declarar una ley inconstitucional.<sup>54</sup>

Sin embargo, a diferencia de lo que en el futuro harían otros jueces autoproclamados discípulos de él, Holmes jamás se definió a sí mismo como un juez adepto al pragmatismo como método de solución de controversias legales. Las inferencias acerca de su enrolamiento en tal postura surgen ya sea del análisis de algunas de sus opiniones judiciales más recordadas, o de deducciones mucho más genéricas basadas sencillamente en sus inclinaciones filosóficas. Lo cierto es que, sin contar su paso por la justicia estadual, durante sus 29 años de carrera en la Suprema Corte de los Estados Unidos escribió 890 opiniones mayoritarias y 73 disidencias.<sup>55</sup> De allí que no sin dificultades pueda aseverarse que este último era un pragmatista a todo trance de la lectura de solo una minúscula fracción de semejante universo de fallos.

Pero también es cierto que, de constituir eso un obstáculo insuperable, tampoco podría la doctrina de autores haberse referido a Hugo Black como un prototextualista<sup>56</sup>, a Antonin Scalia o Clarence Thomas como un par de originalistas<sup>57</sup> o a William Brennan como un creyente en la «constitución viviente»<sup>58</sup>; salvo claro está que estos mismos en algún punto de sus vidas se hubiesen declarado abiertamente como tales. Es que no todos los casos presentan cuestiones difíciles, de aquellas que llaman a relucir los instrumentos de argumentación preferidos por los judicantes por tratarse de situaciones que los invitan a legislar «oblicuamente», como decía John Austin<sup>59</sup>. Una enorme porción del «*docket*» de la moderna Suprema Corte incluye –casi igual que en el pasado– soporíferos casos de interpretación estatutaria, contratos, impuestos, copyright, patentes, legitimación, jurisdicción federal o normas de procedimiento, todos asuntos

52. HOLMES, 1897: 469; GREY, 1989: 807.

53. POSNER, 2003: 58 («La postura tradicional era que cuando firmabas un contrato asumías una obligación legalmente exigible de realizar la prestación contractual. Pero “obligación” es algo vago y abstracto. Holmes sostenía que en un régimen en el cual la sanción por el incumplimiento contractual es simplemente el reconocimiento de daños compensatorios a la víctima, los únicos efectos prácticos de suscribir un contrato son que al hacerlo uno obtiene la opción de romperlo. Los daños que uno debe pagar por el incumplimiento son simplemente el precio de ejercer tal opción. De esta forma, Holmes definía, o mejor aún, disolvía el concepto de obligación contractual al hacer referencia a sus consecuencias prácticas»).

54. POSNER, 2003: 122. El autor reconoce en cabeza de Holmes una «actitud enfáticamente pragmática de cara al control de constitucionalidad de las leyes», la que lo llevó a proponer un test muy estricto a los efectos de invalidar una norma legal por virtud de la Cláusula del Debido Proceso (Enmiendas V y XIV) y el argumento de la privación de la libertad. Este test era «que un hombre justo y racional necesariamente admitiese que la ley... efectivamente infringe principios fundamentales tal como ellos han sido entendidos por las tradiciones de nuestra gente y de nuestro Derecho». Una ley raramente tendrá inconvenientes para superar este test a menos que «enfurezca al juez».

55. MENDENHALL, 2016: 1-13.

56. GERHARDT, 1994.

57. BALKIN, 2011: 7, 138, 150.

58. ADAMS, 1991.

59. AUSTIN, 1875: 266-267, 315.

en los que se persigue el consenso y consecuentemente arrojan resultados unánimes, sobre todo cuando además grave la regla *stare decisis*.

Por eso, es precisamente en los casos complicados que Holmes describiría como “intersticiales”<sup>60</sup> donde su pragmatismo judicial se ve con toda intensidad; esto es, aquellos conflictos difíciles que no caían prolijamente ni de un lado ni de otro del precedente o la regla legal, ubicándose en las penumbras de más de un concepto jurídico y lejos del núcleo duro de cualquiera de ellos. Estos supuestos, que en el imaginario de nuestro autor podían ilustrarse como minúsculos huecos de escala “molecular” que perforaban el vasto cuerpo del Derecho<sup>61</sup>, convocaban a legislar judicialmente dada la imposibilidad de resolverlos con apego mecánico a cualquier autoridad pasada, ejerciendo de esa forma la «prerrogativa soberana de la elección»<sup>62</sup> con el objetivo de esclarecer la ley.

Además, hasta la sanción de la *Judiciary Act* de 1925 –casi todo el tiempo que Holmes se sentó en el máximo tribunal– la jurisdicción de este cuerpo no era absolutamente discrecional como lo es actualmente, razón por la cual sus integrantes no tenían la posibilidad de ser tan selectivos a la hora de decidir únicamente los conflictos más espinosos, susceptibles de dividir tajantemente a la Corte. Antes bien, durante ese período regían las llamadas «*mandatory appeals*», debiendo los jueces atender un enorme volumen de bagatela jurídica sin incentivos ni margen para la creatividad, a punto tal que el porcentaje de decisiones 9-0 fue de las más altas de la historia, siempre por encima del 80%.<sup>63</sup>

De allí que deba tomarse con un grano de sal la conclusión de GREY respecto a que Holmes en los hechos fue más formalista que pragmatista, al decir que «...en sus decisiones sobre el *common-law* [...] en general no fue un innovador, y la mayor parte de su limitado proyecto de reforma como juez no apuntó a avanzar su propia agenda sustantiva, sino a convertir al derecho en algo más objetivo y preciso, por ende en algo más predecible».<sup>64</sup> Ello, a pesar de citar en sustento de tal afirmación la sentencia recaída en *Baltimore & Ohio R.R.*, la cual como se verá a continuación cabe ser reputada un claro exponente de su pragmatismo judicial basado en una vaporosa noción del «sentido común», sumamente problemática en términos predictivos.

En ese singular contexto, entiendo que el análisis selectivo de un grupo de casos complejos o de alto impacto social o político puede, a pesar de todo, ser de suma utilidad en el acotado marco de este trabajo. Primero porque su influencia como elementos de muestreo ha de verse repotenciada frente al dato mencionado en los párrafos anteriores, si removemos de la escena los casos ordinarios que en ese entonces

60. Corte Sup. EE.UU., *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (disidencia del juez Holmes). «Reconozco sin dudar que los jueces de hecho legislan y que deben hacerlo, pero solo lo pueden hacer de forma intersticial; confinados a mociones moleculares».

61. GREY, 1995: 33-35.

62. HOLMES, 1899: 461.

63. SUNSTEIN, 2015: 794-796.

64. GREY, 1995: 27.

eran la mayoría. También, si obviamos los gobernados por la regla del precedente (*stare decisis*) o por cánones prefijados de interpretación estatutaria, que ya eran resorte corriente<sup>65</sup>.

Sin embargo, lo relevante aquí es que aun cuando el método pragmático de Holmes pueda efectivamente haber sido excepcional, secundario o residual, la regla de decisión plasmada en los precedentes de interés —que por lo demás resultan ser los casos más emblemáticos— provee el nexo necesario para ingresar al estudio del pragmatismo judicial en su relación con la teoría predictiva y, más adelante, de las teorías y modelos ensayados para perfeccionar tal aproximación tornándola lo más predecible posible, favoreciendo así la coherencia del sistema.

Con tal objetivo, son seis las opiniones que la extensión y el propósito de este artículo permiten desarrollar, representando ejemplos bastante concretos de los principales atributos que caracterizan la adjudicación pragmática: el sentido común, el empirismo, el falibilismo y, por sobre todas las cosas, el consecuencialismo.

#### a. Sentido común: «Frene, mire y escuche»

Comenzando por el primer tópico, la dependencia de Holmes en el sentido común puede apreciarse en su opinión en *Baltimore & Ohio R.R. v. Goodman* (1927)<sup>66</sup>, litigio que involucraba un accidente en un cruce ferroviario mal señalizado. Fallando en contra de los causahabientes de la víctima, sostuvo que el tribunal de grado debió dirigir el veredicto a favor de la empresa de trenes subrogando al jurado, puesto que las circunstancias del caso eran evidentes y podían ser determinadas por el juez sin inconveniente alguno. Para eso, sostuvo:

Quando un hombre [que conduce un vehículo] se acerca a una vía férrea sabe que es un sitio en el cual va a ser arrollado si un tren pasa por allí antes de que logre despejar las vías. Sabe que debe detenerse para que pase el tren, no que el tren se detenga para que pase él. En tales situaciones estimamos que si el conductor [del vehículo] no puede cerciorarse si el tren está peligrosamente cerca, debe frenar y bajar del vehículo antes de intentar cruzar.<sup>67</sup>

Sucintamente, la llamada regla del «frene, mire y escuche» no parece surgir de ningún razonamiento jurídico realizado en abstracto. En palabras de WELLS, la conclusión es meramente una «observación de sentido común por la cual es el conductor del automóvil quien debe frenar para que pase el tren y no al revés». Se advierte que Holmes no encuadró el problema en dos tramos, como lo haría un formalista: «1) ¿Qué dice la ley (o la razón o la moralidad) al respecto?; y 2) ¿Los hechos subsumen en ella?».<sup>68</sup> En

65. LLEWELYN, 1950. En su aclamado artículo, vulgarmente conocido como «*Thrust and Counterthrust*», el autor recopila más de 28 cánones de construcción de textos legales, gran parte de ellos empleados durante el período en que Holmes se sentó en la Suprema Corte.

66. Corte Sup. EE.UU., 275 U.S. 66.

67. *Ibid.*, 69-70.

68. WELLS, 1988: 572-573.

su lugar, llega a una decisión sobre la base de observaciones de sentido común que, aun cuando pudieran comprender un sinnúmero de juzgamientos fácticos y normativos, se prescinde de ellos por completo.

Tan poco ortodoxa la solución que, según GREY, «generaciones enteras de estudiantes de derecho se han maravillado» de su empleo a fin de encontrar culpa concurrente en un caso de responsabilidad civil.<sup>69</sup>

*b. (Pseudo) Empirismo: «Tres generaciones de imbéciles»*

La sentencia en *Goodman* es una buena transición para ilustrar el segundo elemento que pretendo resaltar, ya que fue dictada el mismo año en que la Suprema Corte resolvió *Buck v. Bell* (1927).<sup>70</sup> Escribiendo para una mayoría de ocho jueces, Holmes expuso el argumento más polémico y criticable de toda su carrera judicial, al sostener la constitucionalidad de una ley del estado de Virginia que permitía la esterilización de personas con capacidades diferentes. Dijo allí:

Más de una vez hemos visto que el bien común exige el sacrificio de las vidas de los mejores ciudadanos. Sería extraño si en virtud de aquel no se les pudiese exigir sacrificios menores a aquellos que ya de por sí minan la fuerza del Estado, muchas veces insensibles para los involucrados, a fin de evitar ser abrumados por la incompetencia. Es lo mejor para todo el mundo sí, en vez de esperar a tener que ejecutar a toda una descendencia degenerada por algún crimen que cometan o dejar que se mueran de hambre dada su imbecilidad, la sociedad pueda impedir a aquellos manifiestamente inaptos a perpetuar su especie. El principio que informa y permite la vacunación obligatoria es lo suficientemente amplio como para cubrir el ligamiento de las trompas de Falopio. Tres generaciones de imbéciles es suficiente.<sup>71</sup>

Sin dejar de notar la autorreferencial alusión al servicio militar que hace al comienzo del párrafo —recordemos que Holmes luchó activamente en la Guerra de Secesión, habiendo sido herido en combate—, nuestro autor se apoya en lo que aparenta ser una suerte de inexplicable conocimiento científico en el campo de la eugenesia<sup>72</sup>. Y así, afirma que la ley del estado de Virginia no viola la Cláusula del Debido Proceso incorporada a la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos al obligar a esterilizar a los «inaptos»<sup>73</sup>, dado que es altamente probable que sus hijos heredarán la misma patología. También luce preocupado por las consecuencias de prohibir esto último. En su peor faceta como pragmatista, encuentra virtudes en actuar en ese momento a esperar que los descendientes de tales personas mueran por ejecución judicial o por no poder procurarse alimentos para sí mismas.

69. GREY, 1989: 845.

70. Corte Sup. EE.UU., 274 U.S. 200.

71. *Ibid.*, 207 (se han omitido las citas internas).

72. POSNER, 1996: 18.

73. *Buck*, supra, 207.

Según COHEN, ya desde 1915 Holmes venía manifestándose públicamente a favor de leyes tendientes a «mejorar la calidad antes que incrementar la cantidad poblacional». Con una crueldad de lenguaje inusitada, hizo evidente su desprecio contra personas como Carrie Buck, «a quien veía como nada más que otra “imbécil” dentro de una sucesión de “imbéciles”, de quien, como declaró la Corte, el país había tenido “suficiente”». Así, con cita de un único precedente recién hacia el final de su cortísima opinión, queda claro que no llegó a la conclusión basándose en razonamiento legal alguno. Antes bien, parece decidir por mera intuición informada por una corriente científica que ya estaba en franco retroceso para ese momento, motivado por un temor personal a que el mundo en el que vivía se viese «atormentado» por oleadas de sujetos «manifiestamente inútiles».<sup>74</sup>

### c. Falibilismo: El origen del rational basis review

Central a la filosofía pragmática es el reconocimiento acerca de la falibilidad inherente al conocimiento humano. Cabe recordar que Peirce había objetado el uso cartesiano de la conciencia individual como criterio último para discernir lo verdadero de lo falso, sustituyéndolo por la idea de una «comunidad de investigadores» que tras acordar comúnmente un método de investigación y ejercerlo indefinidamente en el tiempo acabaría con la incertidumbre, dado que tras sucesivos acuerdos no quedaría nadie en pie capaz de cuestionar sus conclusiones.<sup>75</sup>

Por su parte, Holmes creía que la ley era un vector para la promoción del bienestar general. Y a pesar de que tenía fortísimas convicciones personales, estaba seguro de que las personas bien podían disentir de buena fe, debiendo hacer prevalecer sus creencias a través de medios de los cuales emerja el sentimiento comunitario de la mayoría; y esto, en una sociedad democrática, se lograba institucionalmente a través de los procesos legislativos. Escéptico como era, no creía que nadie –ni siquiera él– podía acercarse a demostrar sin margen de duda que una determinada idea y no otra era capaz de avanzar el contenido social en el largo plazo. Por defecto, el estado de la ley debía reposar en la voluntad comunitaria pensada para un determinado tiempo y espacio.<sup>76</sup>

Ese razonamiento personal se hizo leyenda. Reviviendo la lógica detrás de una línea jurisprudencial muy aislada conocida como los *Granger cases* de 1877, en *Lochner v. New York* (1905) Holmes plasmó una disidencia que pasaría a la historia del moderno constitucionalismo norteamericano. Allí, respondiéndole a sus colegas que con pie en la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda XIV y basándose en la existencia de un derecho absoluto a la libre contratación habían resuelto declarar inconstitucional una ley que fijaba horas máximas para el insalubre trabajo en panaderías, sostuvo:

74. COHEN, 2017: 266-267.

75. Note, *Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*, 84 YALE L. J. 1123, 1130-1131 (1975).

76. GREY, 1995: 32-33, 38-39.

Este caso se decide sobre la base de una teoría económica que gran parte del país no comparte. Si la cuestión fuere si yo estoy de acuerdo con tal teoría, desearía estudiarla largo y distendido antes de tomar una decisión. Pero no concibo que ese sea mi deber, porque estoy convencido de que mi acuerdo o desacuerdo no tiene nada que ver con el derecho de una mayoría de plasmar sus pareceres en una ley.<sup>77</sup>

Varios años más tarde, en *Adkins v. Children's Hospital* (1923) fue todavía más enfático al objetar la invalidación propiciada por la mayoría de una ley que establecía salarios mínimos para mujeres y niños trabajadores. Adelantándose casi quince años a enunciar el estándar de mera razonabilidad actualmente aplicable al análisis de constitucionalidad de la legislación socioeconómica –el llamado *rational basis review*–, dijo en disidencia:

Quando tantas personas inteligentes, que han estudiado el asunto más que cualquiera de nosotros, han pensado que los medios son eficaces y justifican el precio a pagar, me parece imposible negar que tal creencia razonablemente pudo ser mantenida por hombres razonables. Si la ley no hallase otra objeción que la de que los medios no guardan relación con el fin o que cuestan demasiado, no creo que nadie se atreva a decir que ella es mala.

WELLS advierte que «Holmes no considera a la tarea de juzgar como una cuestión de aplicar su propio punto de vista o sentido del deber a los méritos del caso ante el tribunal. En su lugar, la misión del juez es considerar qué persona o institución está mejor situada para que sea su punto de vista el más tenido en cuenta a fin de adjudicar la controversia»<sup>78</sup>. Así las cosas, tanto en *Lochner* como en *Adkins* escogió deferir al mejor criterio de la Legislatura, reconociendo sentirse deslegitimado para censurar su actuación como una afrenta a la libertad contractual por el simple «...accidente de hallar ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso desconcertantes» y atendiendo a que la Constitución no consagraba ninguna teoría económica en particular.<sup>79</sup>

Si bien hay quienes consideran que la anunciada deferencia al legislador es un claro esfuerzo a favor de la predictibilidad, cabe notar que Holmes nunca logró articular una teoría consistente respecto a qué tipos de derechos o libertades ameritaban un simple test de mera razonabilidad y cuáles demandaban un escrutinio más estricto –como en sus opiniones sobre libertad de expresión–. Esto recién ocurriría años más tarde con la Corte del segundo *New Deal*, en la celeberrima nota al pie 4 de *United States v. Carolene Products* (1938)<sup>80</sup>, cuyos tres párrafos han servido de guía hasta el presente para poder vaticinar la actitud que el juez norteamericano tendrá frente a una ley en función de la garantía fundamental en juego o las características generalmente inmutables del individuo afectado.<sup>81</sup>

77. Corte Sup. EE.UU., 198 U.S. 45, 75.

78. WELLS, 1988: 591.

79. *Lochner*, supra, 76.

80. Corte Sup. EE.UU., 304 U.S. 144.

81. Cfr. ELY, 1980.



*d. Consecuencialismo: Del «Peligro claro e inminente» al «Libre mercado de ideas»*

Finalmente, la aproximación pragmática a la decisión de casos judiciales de Holmes —en lo que aquí respecta, relativa a las consecuencias de una decisión— puede verse en dos famosos fallos sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión consagrado en la Enmienda I de la Constitución estadounidense. El primero de ellos, *Schenck v. United States* (1919)<sup>82</sup>, involucraba un cargo criminal por conspiración en los términos de la Ley Antiespionaje contra el secretario general del Partido Socialista de Filadelfia durante la Primera Guerra Mundial. El condenado había sido acusado de distribuir unos quince mil panfletos denunciando las hostilidades y oponiéndose a la conscripción. Si bien en ellos no se llamaba al empleo de medidas ilegales como, por ejemplo, negarse a servir, el Estado argumentó que el jurado razonablemente pudo haber determinado que la intención de la propaganda había sido influenciar a aquellos en condiciones de ir a la guerra bajo la *Selective Service Act*, a no hacerlo.<sup>83</sup>

Al confirmar la condena, Holmes pronunció lo que algunos consideran «uno de los párrafos más reconocibles e influyentes en la historia del Derecho Constitucional»<sup>84</sup>:

[E]l carácter de cada acto depende de las circunstancias en las cuales este es realizado... La más rigurosa de las protecciones a la libertad de expresión no protegería a un hombre que falsamente grita ¡fuego! en un teatro y causa pánico... El punto a determinar en cada caso es si las palabras son empleadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza como para generar un *peligro claro e inminente* que dará lugar a los males que el Congreso tiene derecho a prevenir. Es una cuestión de grado y proximidad... Si el acto, su tendencia y su intención son la misma, no percibimos razón alguna para decir que solo su resultado exitoso justifica criminalizar la conducta.<sup>85</sup>

Con la nación embarcada en la Gran Guerra, Holmes no vaciló en concluir que el Congreso tenía un interés legítimo y urgente en evitar que el reclutamiento de conscriptos se viera obstruido, razón por la cual las acciones del señor Schenck no podían ser dispensadas. Porque detestaba hablar en términos absolutos en materia de principios legales, entendió que las palabras debían ser analizadas dentro del contexto en el cual fueron pronunciadas. Su significado podía variar al compás de un cambio en las circunstancias. El resultado fue la creación de un test para decidir cuándo una conducta considerada criminal y canalizada a través del poder de expresión carecía de protección constitucional: cuando ella crease un «peligro claro e inminente» capaz de dar lugar a esos «males que el Congreso tiene derecho a prevenir». «Gritar falsamente ¡fuego! en un teatro colmado causando pánico no es expresión merecedora de protección. Pero falsamente gritar ¡fuego! en un teatro vacío cambia el panorama».<sup>86</sup> Todo tenía que ver con las consecuencias ligadas a la proximidad del peligro.

82. Corte Sup. EE.UU., 249 U.S. 47.

83. *Ibid.*, 51.

84. MURRAY & QUATTLEBAUM, 2017: 117.

85. *Schenck*, *supra*, 52.

86. MURRAY & QUATTLEBAUM, 2017: 118.

No sin antes observar la rareza de proclamar semejante test en un caso de conspiración donde según el entendimiento tradicional bastaba para hallar responsabilidad la simple prueba del complot, POHLMAN nota lo impredecible de la premisa: «El test es un deservicio para con los jueces dado que “transmite una ilusión de certitud cuando lo único certero es la compleja red de la libertad cuyos hilos deben ellos desenredar”»; y con cita a Herbert Weschler, concluye que el «peligro claro e inminente» no es sino un disfraz para la naturaleza esencialmente legislativa de la adjudicación constitucional, habiendo sido preferible una presunción general de validez o doctrina deferencial.<sup>87</sup>

Pocos meses después Holmes tuvo una disidencia notable en *Abrams v. United States* (1919).<sup>88</sup> Apoyándose en *Schenck*, la Corte confirmó la condena criminal –también en los términos de la Ley Antiespionaje– contra varios ciudadanos rusos por haber distribuido cinco mil panfletos con el fin de denunciar la interferencia de los Estados Unidos en la Revolución Rusa e intentar frustrar el envío de armas al gobierno zarista. Una de las circulares leía: «La Revolución Rusa implora: ¡Trabajadores del mundo! ¡Despierten! ¡Levántense! ¡Aplasten a su enemigo y al nuestro!»<sup>89</sup>. La mayoría de los jueces consideró que las circulares fomentaban el levantamiento de operarios fabriles contra el gobierno norteamericano. Holmes, a cuyo voto adhirió Louis Brandeis, no lo vio de esa forma.

En primer lugar, remarcó que la ley que se pretendía aplicar requería que la conducta fuera realizada «con intención... de frustrar o impedir la prosecución de la guerra por parte de los EE.UU.». Distinguiendo el caso de *Schenck*, creyó que «El Congreso ciertamente no puede prohibir todo esfuerzo por querer cambiar la forma de pensar del país... nadie puede suponer que la publicación subrepticia de unos tontos panfletos por parte de un desconocido, sin más, pueda presentar un peligro inmediato de que sus opiniones frustrarán el éxito de las armas del gobierno o tendrán una apreciable tendencia a lograrlo».<sup>90</sup> En contraste, «...los miembros del Partido Socialista condenados en *Schenck* habían dirigido sus panfletos a conscriptos, incentivándolos a rechazar la conscripción “despótica”».<sup>91</sup>

A continuación, escribió una definición de la Enmienda I que se convertiría en el germen de la moderna doctrina constitucional para la libertad de expresión:

Perseguir a alguien por su opinión me parece algo perfectamente lógico. Si uno no tiene ninguna duda sobre la verdad de su opinión, no le falta poder y quiere imponer cierto resultado con todo su corazón, naturalmente hará una ley de sus deseos y acabará con toda oposición. Permitir opiniones contrarias es considerar que la expresión no tiene importancia –como cuando un hombre dice que ha conseguido la cuadratura del círculo– o que el

87. POHLMAN, 1991: 214-215.

88. Corte Sup. EE.UU., 250 U.S. 616. Se ha sugerido que la influencia ejercida sobre Holmes por Harold Laski y Zechariah Chafee, Jr., los dos profesores en Harvard, pudo haber tenido algo que ver. Ambos repudiaron el voto de Holmes en *Schenck* y trataron personalmente de cambiar su parecer, lo que finalmente hizo en *Abrams*. Cfr. BAZELON, E. *Better Judgment*, The New York Times Magazine (17 de junio de 2015), <https://www.nytimes.com/2015/06/21/magazine/better-judgment.html>.

89. *Abrams*, supra, 620.

90. *Ibid.*, 628.

91. MURRAY & QUATTLEBAUM, 2017: 132.

resultado de la discusión es irrelevante o que uno duda de sus premisas o de su poder. Pero cuando los hombres logran percibir que el paso del tiempo ha acabado con creencias muy arraigadas entonces creen, aún más de lo que creen en sus más íntimas convicciones, que *el bien último deseado se alcanza mejor a través de un libre mercado de ideas, de modo tal que triunfen en el mercado las que tengan mejor poder de convencimiento*, y que la verdad es el único cimiento para que sus deseos puedan ser llevados a cabo en forma segura.<sup>92</sup>

Así fue como Holmes introdujo la metáfora del «mercado de ideas» para aludir a la libertad de expresión<sup>93</sup>, dando cuenta de una profunda creencia filosófica de índole pragmática según la cual una noción será verdadera —o como diría POSNER, «tan cercana a la verdad como nos es posible llegar»— solo si ella prevalece en una situación de competencia con otras.

La disidencia en el caso *Abrams* exhibe la contracara de la fórmula de «costo-beneficio» propuesta en *Schenck*, algo que se debe a la distinta naturaleza de los hechos que dieron origen a cada una de las controversias. Holmes previó las consecuencias sistémicas que tendría en la sociedad democrática la supresión del derecho a expresarse y protestar pacíficamente en temas políticos.<sup>94</sup> Y por más que hubiese una alta probabilidad de que de ello derivasen actos ilícitos —lo cual creyó que no—, el libelo sedicioso debía contar con protección constitucional en la medida en que sirviese para discutir asuntos públicos y de ello no naciese en un peligro inminente.

### 3. ¿Predictibilidad o aleatoriedad?

Cada uno de los casos reseñados hasta acá exhiben distintos rasgos del método de adjudicación pragmático. Una práctica que, como ya se resaltó, en general es sumamente aleatoria y mala en términos proféticos. Los analizados no son los únicos de ese estilo; aunque tampoco los hay tantos *más*. *La carrera judicial de Holmes pasó sin mayores sobresaltos*, alejada de sus famosas diatribas contra el formalismo desde lo personal y lo académico.<sup>95</sup>

Pero ya sea que veamos tales opiniones como una acabada demostración del pragmatismo judicial subyacente en Holmes por tratarse de los *únicos* supuestos que le permitieron dar rienda suelta a sus predilecciones como juez —al tratarse de casos difíciles o “intersticiales”—; o creamos que se trata de un puñado de «*outliers*» no susceptibles de distorsionar toda una carrera judicial siguiendo a regañadientes el texto de la ley y el precedente, cualquiera de las dos alternativas nos invita seguir ahondando en su compatibilidad con la teoría y práctica de un hombre que no solo habría trabajado en pro de la predictibilidad, sino que la vinculó al concepto mismo del Derecho.

92. *Abrams*, supra, 630.

93. Cfr. TORRES, 2007.

94. Cfr. POSNER, 2003: 360-361.

95. GREY 1995: 27.

Podrá alegarse que cualquier falta de previsibilidad originaria como consecuencia de esa aproximación es un sacrificio necesario que quedará saneado en el futuro inmediato por gracia del *stare decisis*, paulatinamente tornando más predecible el Derecho. Con todo, tal bendición no parece haber recaído sobre los precedentes estudiados en esta parte: *Goodman* fue dejado de lado en el siguiente encuentro que tuvo la Corte con el problema de los cruces ferroviarios en *Pokora v. Wabash Railway Co.* (1934)<sup>96</sup>, ante la más mínima variación de las circunstancias fácticas. *Buck* fue una aberración, infausto desde el mismo día en que fue firmado. Las opiniones en *Lochner* y *Adkins*, a pesar del valor que tendrían años más tarde, fueron solo disidencias. Y el test del «peligro claro e inminente» de *Schenck-Abrams*, a más de evanescente, no se consolidaría como doctrina legal para los casos de discurso incendiario sino hasta dentro de otros 50 años y bajo diverso nombre, en *Brandenburg v. Ohio* (1969)<sup>97</sup>.

#### 4. Una mejor luz

Hasta aquí he tratado de suministrar indicios acerca de la influencia en la producción académica de Holmes de la tradición filosófica-pragmática inaugurada por James y Peirce. Afirmé que la Teoría predictiva del Derecho era un derivado de esa corriente, la que sostenía que el Derecho era, en definitiva, la predicción de aquello que los jueces decidirán en los casos concretos. Tal aseveración, destinada al abogado practicante que debe asesorar a su cliente, de suyo implica la posibilidad efectiva de vaticinar con razonable margen de acierto un resultado judicial determinado.

Si bien Holmes, contra sus propias predilecciones, en general se manejó en términos formalistas durante su dilatada carrera como magistrado —siguiendo el texto claro de la ley y obedeciendo al precedente—, pude no obstante identificar una familia de opiniones suyas que nada tienen de eso. En su lugar, son altamente pragmáticas. Se apartan de los procesos intelectivos ordinarios y encuentran anclaje en fuentes poco ortodoxas o resuelven en virtud de aquello que traerá las mejores consecuencias para la comunidad, todo lo cual a falta de algún factor objetivable las torna harto impredecibles.

Como insistí más arriba, cualquiera sea la conclusión que saquemos de esto último —esto es, si debemos reputarlos evidencia de un pragmatismo real pero durmiente o

96. Corte Sup. EE.UU., 292 U.S. 98 (revocando la decisión que había aplicado *Goodman* en la inteligencia de que en el caso el accidente había tenido lugar en una ruta altamente transitada dentro de una ciudad). Notando lo casuístico de ambas decisiones, Wells critica que cualquier estudiante de derecho de primer año sabe que «...la dificultad de casos como *Goodman* y *Pokora* es cómo desempacar la recalitrante frase “bajo estas circunstancias” [...] Ni siquiera una declaración completa del juez acerca de qué hechos son relevantes y cuáles no permitiría a un segundo juez o académico desentrañar acabadamente los principios legales o morales subyacentes en la decisión» (WELLS, 1988: 574).

97. Corte Sup. EE.UU., 395 U.S. 444. Bajo el nombre de «*imminent lawless action test*», lo que se requiere para que prohibir o regular discurso promoviendo conducta ilegal sea constitucional al amparo de la Primera Enmienda es que aquel se encuentre dirigido a producir de forma inminente una conducta ilegal, y que esta sea probable. Sus similitudes y diferencias con el test del «peligro claro e inminente» avanzado por Holmes es materia de discusión (Cfr. SCHAUER, 2019: 38).

simplemente una serie de casos aislados de corte pragmático—, yace siempre el interrogante acerca de qué tan bien congenian esa clase de despliegues jurisprudenciales con los intentos predictivos que Holmes veía tan centrales para las operaciones del Derecho. Porque un resultado negativo sería decepcionante y atentaría contra la coherencia, me aventuraré en los desarrollos avanzados por dos jueces modernos autoproclamados «pragmatistas» quienes han querido perpetuar el legado de Holmes y para ello han propuesto una serie de novedosas ideas tendientes a orientar los procesos judiciales de decisión informados por dicha corriente. Se trata de algo que, como intentaré explicar, colaborará sensiblemente a la predictibilidad poniendo a la Teoría Predictiva del Derecho en una mejor luz.

Por eso, con el objetivo de dar con algo dentro de la tradición judicial pragmática capaz de proveer plausibles indicios para que el intérprete —esto es, el abogado litigante— pueda determinar con moderadas chances de acierto cuándo la consistencia con decisiones políticas y jurisprudenciales pasadas va a ser abandonada con el fin de arribar a una mejor decisión en el presente o para el futuro, describiré los modelos propuestos por el exjuez de la Corte Federal de Apelaciones para el Séptimo Circuito y prolífero autor, Richard Posner y el actual juez asociado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Stephen Breyer. Porque ambos se muestran disciplinados al contar con «temas» u «objetivos», la reconciliación entre la predictibilidad y el pragmatismo judicial parece estar a la vuelta de la esquina ¿Pero será suficiente?

#### **IV. LOS JUECES NEO-PRAGMATISTAS Y SUS APORTES PARA LA PREDICTIBILIDAD**

##### **1. Posner: Pragmatismo económico**

Sin duda ha sido Richard Posner quien mayor atención le ha prestado al estudio del pragmatismo en su aplicación a los procesos de decisión judiciales. Tan extensa y prolífera ha sido su producción como doctrinario que resulta relativamente fácil captar una idea general de su modelo de adjudicación. Con todo, sus trabajos abarcan muchas décadas y tienden a exhibir su cambio de parecer en ciertos tópicos. Tal vez esa sea la razón por la cual uno se topa con una teoría más estructurada y disciplinada por la mitad de su carrera, mientras que algunos artículos anteriores y posteriores se sumergen hasta el cuello en el realismo jurídico y refieren a formas de decisión casi sin ataduras. Porque me interesa determinar si el pragmatismo judicial va de la mano con la Teoría predictiva del Derecho, dejaré de lado tales trabajos muchas veces criticados<sup>98</sup> para enfocarme en el empleo de la teoría económica como método tendiente

98. Cfr. ROSEN, 1995: 582. El juez Rosen sostiene que el pragmatismo de Posner está «basado en un rechazo a la teoría y a la exaltación de la personalidad judicial», al afirmar que «la decisión judicial precede a la articulación de una teoría», que «el instinto puede ser una guía más segura que el análisis» y que los jueces deben «aceptar el rol de los valores personales en la resolución de casos, procurando solamente que tengan anclaje

a encauzar la resolución de controversias. Ello así, pues creo que esa aproximación pone al pragmatismo judicial en un lugar mucho mejor, compatible tal vez con la teoría pronunciada por Holmes.

POSNER caracteriza al pragmatismo judicial como algo práctico, instrumental, prospectivo, activista, empírico, escéptico, antidogmático y experimental.<sup>99</sup> Asegura que no es «un nombre elegante para la adjudicación *ad-hoc*», puesto que tiene en consideración las consecuencias sistémicas, aunque solo en circunstancias excepcionales les asignará peso decisivo. A su modo de ver las cosas, el pragmatismo judicial es prospectivo, pues reputa que la adherencia a decisiones pasadas es «... una (cualificada) necesidad más que un deber ético». Es empirista, razón por la cual se lleva bien con aquellas teorías que guían el conocimiento empírico, pero al mismo tiempo es «... hostil a la idea de emplear teorías morales o políticas abstractas para guiar la resolución de causas judiciales». Con todo, reconoce que el pragmatismo judicial acepta la existencia de «recovecos formales» dentro de su modelo, especialmente cuando la decisión involucra reglas y no principios. Pero advierte que aun cuando un juez pragmático se conduzca extrínsecamente como un positivista, este en ningún momento deja de ser pragmatista puesto que en tales circunstancias simplemente ha concluido que el formalismo resulta ser la cosa más pragmática de hacer en ciertos casos.<sup>100</sup>

Para un mejor entendimiento de su mirada respecto al pragmatismo judicial, Posner lo contrasta con el proyecto dworkiniano del «Derecho como integridad»:

[Dworkin] describe al Derecho como interpretativo, compara la tarea del juez a la del escritor de una novela concatenada, requiere que las nuevas decisiones se ajusten a las anteriores, habla reverentemente del pasado viviente, niega que los jueces deban ajustar los derechos a los cambios políticos, se descompone al pensar en el Derecho como una ciencia política, no está muy interesado en los hechos ni en las ciencias sociales o naturales, insiste con que incluso los jueces tienen una obligación moral de ser fieles a sus predecesores, siendo esa adhesión a los precedentes un elemento esencial de la justicia.

Un pragmatista raramente verá la función judicial de la misma forma. Pensará que es extraño suponer que un juez tiene la obligación de ajustarse a lo que otros hicieron antes que él, del mismo modo que sería insólito que un científico moderno sintiese que debe ajustarse a lo que Arquímedes y Aristóteles han hecho en el pasado. Existen razones prácticas de carácter epistemológico y político de por qué los jueces deben generalmente seguir sus precedentes y adherir a los valores inmanentes a su tradición legal, pero aquí no se trata de una obligación, razón por la cual si hay buenos motivos para romper con el pasado por el bien del presente y del futuro, el juez no debe dudar en hacerlo, al igual que como las ciencias maduras no vacilan en olvidar a sus fundadores.<sup>101</sup>

en datos empíricos». Ver también, SUTTON, 2010: 859. El juez Sutton se ha sumado a los críticos de Posner que cuestionan sus conclusiones acerca de cómo la afiliación política afecta los procesos de decisión judicial.

99. POSNER, 1995: 11.

100. POSNER, 2003: 59-60.

101. POSNER, 1995: 11.

Así plasmado, el modelo de adjudicación posneriano no luce muy diferente al empleado por Holmes en la saga de precedentes analizados en el punto III, los cuales he considerado impredecibles. Ambos comparten los mismos principios. Por eso, el modelo básico de Posner debe ahora complementarse con su propio modo instrumental de analizar el Derecho desde la teoría económica. La omnipresencia de la economía en tantas de sus áreas, como explica el autor en su monumental *Economic Analysis of Law*<sup>102</sup>, es capaz de aportar un criterio objetivo al que el juzgador pragmático puede recurrir a fin de llegar al mejor resultado posible. Pero como él mismo observa, «Para el pragmatista, “objetivo” no significa que algo se corresponda con cómo las cosas son realmente; nadie sabe cómo son realmente las cosas. Lo que significa es que es capaz de lograr conformidad entre todos los miembros de un grupo que suscriban a principios comunes».<sup>103</sup>

La maximización de la riqueza, esa idea por la cual debemos tratar de promover y facilitar los mercados competitivos y estimular sus resultados en situaciones en las cuales los costos transaccionales son muy altos, puede en algunos casos ser empleada como un parámetro «...para guiar las decisiones judiciales en las cuales ni la Constitución ni las leyes disponen inequívocamente en contrario».<sup>104</sup> Pero no obstante que el análisis económico del Derecho «...puede ayudar a poner las cosas en su lugar aun cuando estemos lidiando con algunos de los asuntos más emocionales, políticos o tabú regulados por la ley, como por ejemplo la sexualidad», aquel no puede ser llamado a resolver todas las disputas: «La aproximación económica no puede ser todo el contenido del pragmatismo judicial». Debido a su carácter libertario, la economía es «...poco apta para gobernar áreas en las cuales valores redistributivos comandan un consenso político o moral; y porque tal aproximación solo funciona bien cuando al menos hay coincidencias en cuanto a los fines, no puede ser empleada para responder la cuestión de si, por ejemplo, el aborto debe estar prohibido, aun cuando pueda decirnos algo, tal vez mucho, acerca de la eficacia y consecuencias de su restricción».<sup>105</sup>

A pesar de este más acotado alcance para la aproximación económica, sus principios basados en la eficiencia al menos proveen un «tema» u «objetivo» a partir del cual el abogado practicante puede intentar predecir la decisión de un tribunal. Esto es algo que Holmes estuvo lejos de suministrar. Más aún, el objetivo económico contempla cierta estabilidad –y con ello, predictibilidad– cuando reconoce que hay razones importantes para decidir siguiendo el precedente en lugar de resolver cada caso desde cero. El *stare decisis* es un factor muy relevante para el modelo de adjudicación pragmático guiado por los principios económicos dado que «...decidir de acuerdo al precedente reduce los costos de litigar al permitirle tanto a las partes como al tribunal emplear información que ha sido generada (a veces mediando muchos gastos) en casos anteriores».<sup>106</sup> Consecuentemente, según POSNER, mientras «...que

102. POSNER, 2011.

103. POSNER, 1995: 18.

104. POSNER, 1995: 18, 403.

105. POSNER, 1995: 404.

106. POSNER, 2011: 752-754.

el juego puede ser justificado en términos económicos y pragmáticos... no puede ser jugado enteramente con ese espíritu. El juez no debe modificar las reglas y doctrinas aplicables cada vez que piense que un cambio mejorará la racionalidad substantiva de las reglas, como por ejemplo si quisiera reconciliarlas con los principios de la teoría microeconómica». <sup>107</sup>

Pero por más bueno que suene lo anterior en términos de predictibilidad, no debe pasarse por alto que la economía puede ser una ciencia arcana y de difícil comprensión para el ciudadano medio, los abogados o incluso los jueces. POSNER reconoce esto último cuando escribe acerca de la interpretación contractual, donde tras reducir los costos transaccionales de un contrato a una engorrosa ecuación matemática ( $C = x + p(x) [y + z + e(x, y, z)]$ ) <sup>108</sup> –transmitiendo desde ya una idea de complejidad– admite que tenemos «...un sistema mixto consistente en jueces que se sienten lo suficientemente cómodos con el mundo comercial como para meterse de lleno en la interpretación pragmática de contratos y otros jueces que no lo están, y que por ello son más propensos a adoptar una aproximación formalista a la interpretación contractual». Lo anterior naturalmente se erige como un contratiempo para los intentos de acercar el pragmatismo judicial a la Teoría predictiva del Derecho de Holmes, pues como admite POSNER: «[los] abogados que redactan contratos raramente sabrán qué tipo de juez encontrarán ante el evento de que surja una disputa legal acerca del significado de sus cláusulas». <sup>109</sup>

En definitiva, el modelo avanzado por Posner acerca el pragmatismo judicial con la teoría predictiva, en el sentido de que al menos cuenta con un «tema» u «objetivo» general –aun cuando de difícil comprensión para la cultura social media– y por razones de eficiencia le asigna mucha importancia al *stare decisis*, lo cual obviamente tiende a mejorar las chances de predecir un resultado judicial. Pero dadas sus complejidades y el hecho de que muchas controversias sumamente delicadas no puedan ser dirimidas mediante la simple remisión a las leyes del mercado, la vertiente económica para la adjudicación pragmática –si bien algo mejora el panorama– apenas satisface la necesidad de los operadores judiciales de contar con indicios fehacientes acerca de lo que los jueces harán en concreto.

## 2. Breyer: Pragmatismo democrático

El segundo trata de un modelo pensado por Stephen Breyer en su obra titulada *Active Liberty*, ideas que fueron luego replicadas en el libro *Making our Democracy Work: A Judge's view*. Al igual que Posner, BREYER reconoce que su trabajo está influido por el pensamiento de otros jueces que tilda de pragmatistas: Holmes, desde luego, pero

107. POSNER, 1995: 21.

108. POSNER, 2004: 1583-1584.

109. POSNER, 2004: 1612.



también Louis Brandeis, Harlan Fiske Stone, Felix Frankfurter y Learned Hand.<sup>110</sup> De acuerdo a SUNSTEIN, la tesis breyeriana conecta tres elementos aparentemente dispares: 1) la insistencia en que el control judicial se focalice en el autogobierno y los objetivos democráticos; 2) un énfasis en la intención legislativa a la hora de interpretar textos legales y 3) la importancia de tener en cuenta las consecuencias de toda decisión judicial.<sup>111</sup>

BREYER autodefine su aproximación a la interpretación constitucional y estatutaria como «pragmática», entendiendo que tal concepto «es generalmente empleado para abarcar los esfuerzos por considerar y evaluar las consecuencias»<sup>112</sup>. Y así expresa:

Los modernos jueces americanos enrolados en esta tradición, al igual que los demás, emplean el lenguaje textual, la historia, el contexto, las tradiciones, el precedente, la intención legislativa y las consecuencias a la hora de interpretar propiamente un texto ambiguo. Pero cuando se enfrentan a un lenguaje de textura abierta y a una ardua cuestión interpretativa, reposan fuertemente en la intención legislativa y en las consecuencias asociadas a la decisión. Al hacer esto, los magistrados deben evitar interpretaciones que sean o muy rígidas o muy flexibles. Deben permanecer fieles al texto y “reconstruir” soluciones del pasado de manera “imaginativa” con las circunstancias del presente, al mismo tiempo que han de proyectar los fines (o valores) que inspiraron aquellas decisiones pretéritas para resolver los problemas actuales. Los jueces deben encontrar una interpretación que haga funcionar a la provisión textual para que ella alcance sus objetivos constitucionales o estatutarios básicos.<sup>113</sup>

En línea con el modelo posneriano, el aquí analizado cuenta también con un «tema» u «objetivo»; esto es: «...que los tribunales deben prestar más atención la naturaleza democrática de la Constitución a la hora de interpretar textos constitucionales y legales».<sup>114</sup> BREYER sostiene que el texto fundamental posee ciertos objetivos generales esparcidos a lo largo de sus cláusulas: básicamente –dice– el documento crea un gobierno democrático, evita la concentración de demasiado poder en pocas manos, resguarda la libertad personal e insiste con que la ley se aplique a cada individuo de igual forma. A mayor abundamiento, lee el objetivo constitucional como:

Expandiendo la libertad activa, creando una forma de gobierno en la cual todos los ciudadanos comparten la autoridad gubernamental participando en el diseño de las políticas públicas. Tal objetivo entiende que la complejidad estructural de la Constitución es una respuesta a ciertas necesidades prácticas, tales como la delegación, la creación de políticas públicas no destructivas y la protección de las libertades individuales básicas. Y ve el imperativo democrático como algo que concilia, e incluso insiste, con el logro de estas necesidades prácticas.<sup>115</sup>

110. BREYER, 2005: 20.

111. SUNSTEIN, 2006: 1719-1720.

112. BREYER, 2010: 80-81. El autor también recomienda decisiones acotadas para no interferir con el debate democrático en curso –especialmente cuando el juez padece de una carencia informacional– lo cual representa otra típica cualidad pragmatista. Ver también BREYER, 2005: 73 y SUNSTEIN, 2006: 1724.

113. BREYER, 2010: 80-81.

114. BREYER, 2005: 5-6.

115. BREYER, 2005: 33.

De acuerdo a este autor, la focalización en esos objetivos democráticos propenderá a la moderación judicial, al ayudar a los jueces a entender y aplicar ciertos preceptos específicos de manera consistente con la voluntad popular. A la vez, sugiere que los magistrados deben también atender a las consecuencias de sus sentencias a fin de «...evaluar en qué medida han logrado facilitar resultados viables que reflejen esa voluntad».<sup>116</sup> Bajo tales premisas, en su obra ilustra cómo en su rol de juez asociado de la Suprema Corte ha puesto en práctica su teoría en distintas áreas del derecho constitucional, entre ellas: libertad de expresión, federalismo, privacidad y acciones afirmativas, en todos los casos con soluciones muy interesantes.

A pesar de que los objetivos democráticos incorporados a la teoría de Breyer operan en un nivel de abstracción muy alto –haciendo difícil asociar el ideal del autogobierno democrático a un concreto resultado judicial–<sup>117</sup>, ellos de todas formas proveen un criterio más fácil de desentrañar que las complejas fórmulas de maximización de la riqueza plasmadas por Posner. Y si bien ninguna aproximación es capaz de eliminar cierta cuota de discrecionalidad, SUNSTEIN parece creer que el modelo de Breyer es capaz de restringir la influencia que pudieran tener las preferencias personales del juez y con ello coadyuvar a los fines predictivos.<sup>118</sup> Es de notar que su tesis también favorece la aplicación de la regla *stare decisis*, lo cual naturalmente contribuye a las chances del abogado practicante de vaticinar un resultado y, con ello, a congeniar el pragmatismo judicial con la teoría predictiva de Holmes. Los siguientes pasajes de sus dos obras dan cuenta de las razones para su incorporación al modelo de adjudicación propiciado:

[E]nfocarse en las consecuencias no significa que automáticamente se esté invitando a realizar cambios legales de forma dramática. Los jueces, incluidos aquellos que las toman en cuenta, son conscientes de la necesidad humana de poder hacer planes en función de la ley y de gozar de seguridad jurídica. Y por ello, comprenden que las modificaciones muy radicales y frecuentes tienden a menoscabar tan importantes necesidades. Al mismo tiempo, el imperativo personal de cada juez de ser consistente en el tiempo ayuda a contener subjetividades.<sup>119</sup>

Dejar sin efecto un precedente de modo directo, como hizo la Corte en el caso *Brown*, es algo excepcional. De ordinario, el *stare decisis* es la regla. Los jueces de los tribunales inferiores, abogados, clientes y ciudadanos comunes, todos requieren de estabilidad legal, para así los magistrados decidir sus casos, los abogados aconsejar a sus clientes, los clientes tomar decisiones y los ciudadanos comunes comprar una casa, celebrar contratos y conducirse por sus vidas diarias sin temor a que los cambios en la ley pongan sus mundos cabeza abajo.<sup>120</sup>

116. BREYER, 2005: 115.

117. SUNSTEIN, 2006: 1737.

118. SUNSTEIN, 2006: 1740 («El juez Breyer ha demostrado un alto grado de deferencia hacia las decisiones del Poder Ejecutivo bajo la presidencia de George W. Bush –incluso más alta que con otros candidatos republicanos; nótese también que, en muchos de estos casos, el juez Breyer ha fallado a favor de resultados conservadores»).

119. BREYER, 2005: 119.

120. BREYER, 2010: 151.

Hasta aquí, la teoría de Breyer parece venir bien en términos de predictibilidad. Ella exhibe un objetivo democrático relativamente discernible y hace generoso espacio para acomodar el *stare decisis*. Sin embargo, tiene un punto flaco a la hora de interpretar leyes ambiguas, puesto que se apoya enteramente en una aproximación basada en la técnica de la «reconstrucción imaginativa» propiciada por Learned Hand.<sup>121</sup> Esta última ha sido criticada dados los conocidos problemas para establecer la intención de un cuerpo pluralista y por pretender comenzar cada análisis desde ese mirador antes que por el texto mismo, tornando la desambiguación en una tarea absolutamente subjetiva e impredecible.<sup>122</sup> Como advierte SUNSTEIN: «...las leyes raramente vienen con un claro anuncio acerca de sus propósitos y en los casos difíciles cualquier caracterización requerirá alguna especie de juicio evaluativo por parte del tribunal... Si a los jueces se les pregunta qué es lo que haría un legislador “razonable” en determinado caso, lo más probable es que digan lo que ellos mismos harían».<sup>123</sup>

Para resumir, el modelo de adjudicación orientado por el objetivo democrático de la Constitución, al igual que el modelo económico de Posner son, en cierto modo, disciplinados. Ambos contienen un «tema» que debería colaborar a predecir aquello que los tribunales harán «en concreto». Pero distinto a este último, la teoría de Breyer presenta un criterio más descifrabable para el abogado practicante, que asistido por un alto grado de adherencia al *stare decisis* tiene la potencialidad de reconciliar la Teoría predictiva del Derecho con el pragmatismo judicial. Aunque como mencioné anteriormente, el modelo pierde gran parte de esa disciplina cuando se introduce en el campo de la interpretación estatutaria, al inyectarle una gran dosis de subjetividad a través de la llamada técnica de la «reconstrucción imaginativa» fundada en una inusualmente explicitada intención legislativa.

## 5. CONCLUSIÓN

Ya sea que veamos los ejercicios pragmáticos de Holmes como su verdadera cara judicial tapada por la coyuntura, o no más que una fugaz excursión consagrada en una muy recordada docena de casos difíciles, cabe admitir que tal aproximación a la resolución de controversias legales, por su aleatoriedad, es sumamente problemática en términos predictivos. Por esa precisa razón, se muestra incompatible con su gran teoría de que el Derecho es aquello que los jueces harán en concreto, con la consecuente suposición de que los abogados practicantes habrán de poder predecir su conducta a fin de desentrañar el contenido de aquel y así asesorar mejor a sus clientes.

121. BREYER, 2005: 18. La técnica que POSNER bautizó «reconstrucción imaginativa» y que fuere avanzada por Learned Hand a principios del siglo veinte, implica que cuando una ley guarda silencio o es ambigua, el juez debe preguntarse qué es lo que votaría la legislatura si el asunto se le hubiese presentado al momento en el cual la ley fue sancionada. Cfr. POSNER, 1983: 817.

122. Cfr. SCALIA, 1998: 3-48.

123. SUNSTEIN, 2006: 1733-1734.

Los jueces Posner y Breyer han tratado, tal vez inadvertidamente, de remediar esa aparente disonancia. Los dos han presentado modelos adjudicativos con el potencial de reconciliar la teoría predictiva con el pragmatismo judicial. Mientras el primero ha reposado en las fórmulas económicas, el otro se ha inspirado en los valores democráticos contenidos en la Constitución a fin de ambos elaborar «temas» u «objetivos» medianamente discernibles para el interlocutor jurídico. Para más, los dos han recogido la regla del *stare decisis*, mejorando las chances de predicción.

Sin embargo, a pesar de tan impresionantes esfuerzos en favor de la predictibilidad, la solución de controversias legales mediante el método pragmático sigue representando el peor escenario posible para llevar adelante intentos proféticos. Para quienes tras leer estas líneas vean en Holmes un exponente del pragmatismo judicial, tal conclusión ciertamente podrá tener un dejo de ironía considerando sus antecedentes. Pero si en última instancia esa corriente es realmente irreconciliable con la profecía, lo que aquí se ha tratado es de reducir la posible antinomia con el afán de armonizar lo teórico con lo práctico. Y creo que los jueces neopragmatistas, aun con limitaciones difíciles de superar, algo han aportado a esa causa.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, A. M., 1991: «*Justice Brennan and the Religious Clauses: The concept of a “Living Constitution”*», 139 U. PENN L. REV. 1319.
- AUSTIN, J., 1875: *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, H. Holt. & Company.
- BADER GINSBURG, R., 1992: «*Speaking in a Judicial Voice*», 67 NYU L. REV. 1185.
- BALKIN, J. M., 2011: *Living Originalism*, Harvard University Press.
- BREYER, S., 2005: *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, Vintage Books.
- BREYER, S., 2010: *Making Our Democracy Work. A Judge’s View*, Vintage Books.
- COHEN, A., 2017: *Imbeciles: The Supreme Court, American Eugenics, and the Sterilization of Carrie Buck*, Penguin Books.
- D’AMATO, A., 2008: «*A New (and Better) Interpretation of Holmes’s Prediction Theory of Law*», 2 *Faculty Working Papers. Paper No. 163, Northwestern University School of Law*.
- DEWEY, J., 1924: «*Logical Method and Law*», 10 CORNELL L. Q. 17.
- DWORKIN, R., 1986: *Law’s Empire*, Harvard University Press.
- DWORKIN, R., 2012: *El Imperio de la Justicia*, Ed. Gedisa.
- ELY, J., 1980: *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.
- FISCH, M., 1942, «*Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism*», 39 J. PHIL. 86.
- FULLER, L., 1940: *The Law in a Quest for Itself*, Foundation Press.
- GERHARDT, M. J., 1994: «*A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia*», 74 B. U. L. REV. 25.
- GORDON, R., 2000: *The Path of the Law and its influence. The legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge University Press.
- GREEN, M., 2005: «*Legal Realism as a Theory of Law*», 46 WM. & MARY L. REV. 1915.
- GREY, T. C., 1989: «*Holmes and Legal Pragmatism*», 41 STAN. L. REV. 787.

- GREY, T. C., 1995: «*Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*», 37 WM. & MARY L. REV. 19.
- GREY, T. C., 1996: «*Freestanding Legal Pragmatism*», 18 CARDOZO L. REV. 21.
- HOLMES, O. W., 1873: «*The Theory of Torts*», 7 AM. L. REV. 652.
- HOLMES, O. W., 1897: «*The Path of the Law*», 10 HARV. L. REV. 457.
- HOLMES, O. W., 1899: «*Law in Science and Science in Law*», 12 HARV. L. REV. 443.
- HOLMES, O. W., 2009: *The Common Law*, Harvard University Press.
- JAMES, W., 1907: *Pragmatism*, Longmans, Green & Co.
- KELLEY, P., 1990: «*Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument*», 14 S. Ill. U. L. J. 427.
- KELLOGG, F., 2007: *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory and Judicial Restraint*, Cambridge University Press.
- LEITER, B., 1997: «*Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*», 76 TEX. L. REV. 270.
- LLEWELLYN, K., 1950: «*Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons of About How Statutes are to be Construed*», 3 VAND L. REV. 395.
- LUBAN, D., 1997: «*The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes's The Path of the Law*», 72 NYU L. REV. 1547.
- MENDENHALL, A., 2016: *Oliver Wendell Holmes Jr., Pragmatism, and the Jurisprudence of Agon: Aesthetic Dissent and the Common Law*, Bucknell University Press.
- MONTESQUIEU, 1995: *De L'Esprit des Lois*, Éd. Gallimard.
- MURRAY A. & QUATTLEBAUM, E. G. III, 2017: *Justice Holmes: The measure of his thought*, Talbot Publishing.
- POHLMAN, H. L., 1991: *Justice Oliver Wendell Holmes: Free speech and the living Constitution*, New York University Press.
- POSNER, R., 1983: «*Statutory Interpretation - In the Classroom and in the Courtroom*», 50 U. CHI. L. REV. 800.
- POSNER, R., 1995: *Overcoming Law*, Harvard University Press.
- POSNER, R., 1996: «*Pragmatic Adjudication*», 18 CARDOZO L. REV. 1.
- POSNER, R., 2003: *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press.
- POSNER, R., 2004: «*The Law and Economics of Contract interpretation*», 83 TX. L. REV. 1581.
- POSNER, R., 2011: *Economic Analysis of Law*, 8th Edition, Aspen Publishers.
- POSTEMA, G. J., 2011: «*Justice Holmes: A New Path for American Jurisprudence*» en PATTARO, E. (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 11, Springer.
- ROSEN, J., 1995: «*Overcoming Posner*», 105 YALE L. J. 581.
- ROSENBLATT, R., 1975: «*Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*», 84 YALE L. J. 1123.
- SCALIA, A., 1998: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press.
- SCHAUER, F., 2019: «*Every Possible Use of Language?*» en BOLLINGER, L. & STONE, G. R. (eds.), *The Free Speech Century*, Oxford University Press.
- SUNSTEIN, C. R., 2006: «*Justice Breyer's Democratic Pragmatism*», 115 YALE L. J. 1719.
- SUNSTEIN, C. R., 2015: «*Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*», 100 CORNELL L. REV. 769.
- SUTTON, J., 2010: «*A review of Richard A. Posner, How Judges Think*», 108 MICH. L. REV. 859.

- TORRES, M., 2007: «*El Mercado Libre de las Ideas, de O. W. Holmes*», *Revista Española de Derecho Constitucional* N°81, 183-208.
- WELLS, C., 1988: «*Legal innovation within the wider intellectual tradition: The pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*», 82 *NW. L. REV.*, 541.
- ZANE, J., 1918: «*German Legal Philosophy*», 16 *MICH. L. REV.* 288.

