



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**LOS PRESUPUESTOS DE LA TESIS DE LA RESPUESTA CORRECTA DE
RONALD DWORKIN**

Doctorando

Alexander Monroy Rodríguez

Director

Pompeu Casanovas Romeu

Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

Facultad de Derecho

2020

Dirección: Pompeu Casanovas Romeu
Research Professor, La Trobe University, Bundoora, Australia

Resumen

El trabajo pretende una aproximación y clarificación a la problemática de la tesis de la respuesta correcta a partir de examinar cómo fue construida esa postura, así como identificar y aclarar los presupuestos que edifican la posibilidad de la tesis de la respuesta correcta en el derecho a partir de Ronald Dworkin. El examen de los elementos que constituyen la tesis de la respuesta correcta se abordará por medio de varias acometidas que expresaremos a continuación en nueve grupos generales, los cuales precisarán la ruta de esta investigación. Primero, se describe el contexto constitucional de la historia estadounidense a partir de tres hitos significativos como son: la independencia, el proceso de formación de la Constitución de 1787 y el control constitucional. Segundo, se hará un recorrido básico a través de la tradición jurídica norteamericana, luego se referenciará los hitos importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, para posteriormente analizar la visión de Dworkin respecto del precedente. Tercero, se clarificará la tesis de la única respuesta correcta a partir de la obra Dworkiniana. Cuarto, se presentará la teoría jurídica de Dworkin, a partir de sus posturas críticas respecto del positivismo jurídico. Quinto, se identificará la teoría de los derechos Dworkiniana a partir de una fundamentación liberal igualitaria. Sexto, se reconstruirá la teoría de los principios de nuestro autor a partir de su fundamentación filosófica y la adjudicación judicial. Séptimo, se presentará la teoría de la interpretación de Dworkin a partir de una perspectiva holística que también pretende ser creativa y constructivista. Octavo, se hará un recorrido a través de la óptica de la verdad objetiva de Dworkin a partir de las críticas al escepticismo. Finalmente, se trabajará la clarificación de la procedencia de los aportes filosóficos que contribuyen a formalizar y estructurar la tesis de la respuesta correcta en el derecho.

Abstract

This work approaches and clarifies the problem of the right answer from examining how that position was set, as well as identifying the underlying assumptions of Ronald Dworkin's thesis. The examination of the elements that constitute the "one-right-answer" in law will be divided into nine general groups. First, the constitutional context of American history is described from three significant milestones such as: independence, the process of formation of the Constitution of 1787 and constitutional control. Second, a basic journey through the North American legal tradition will be made, the important milestones of the United States Supreme Court will be referenced, and Dworkin's vision regarding the precedent will be analysed. Third, the thesis of the "one-right-answer" will be clarified. Fourth, Dworkin's legal theory will be presented, based on his critical positions regarding legal positivism. Fifth, the Dworkinian theory of rights will be identified from an egalitarian liberal foundation. Sixth, his theory of principles will be reconstructed, based on its philosophical foundation and judicial adjudication. Seventh, Dworkin's theory of interpretation will be presented from a holistic perspective that, also, claims to be creative and constructivist. Eighth, there will be a journey through the optics of Dworkin's objective truth from the criticisms of Skepticism. Finally, the thesis will cope with the clarification of the origin of the philosophical contributions that helped to frame and structure the thesis of the right answer in law.

CONTENIDO

Resumen	3
Abstract	4
INTRODUCCIÓN.....	11
Introito.....	11
1. Planteamiento del problema y formulación de preguntas problema	11
1.1. Hipótesis.....	25
2. Objetivos de la tesis	26
2.1. Objetivo General	26
2.2. Objetivos Específicos	26
3. Alcance de la investigación.....	26
4. Metodología de la tesis.....	27
5. Estructura de la tesis	28
CAPÍTULO I. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE.....	32
1. Introducción.....	32
2. El iusnaturalismo estadounidense y la Carta Magna en el período de la independencia.....	32
2.1. El iusnaturalismo estadounidense	33
2.2. Carta Magna.....	35
3. El proceso formación de la constitución de 1787	42
3.1. Proceso y elementos de la formación de la Constitución estadounidense de 1787	42
3.2. La lectura de Alexis de Tocqueville.....	47
4. Control de constitucionalidad	49
4.1 El control de constitucionalidad y los modelos de Constitución	50
4.2 <i>Judicial review</i>	53
5. Resumen y consideraciones.....	56
CAPÍTULO II. EL COMMON LAW EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	64
1. Introducción.....	64
2. <i>Common Law</i>	64
2.1. El <i>Common Law</i> y sus orígenes.....	65
2.2. <i>Common Law</i> en los Estados Unidos de América	75

3.	Cortes Supremas Estadounidenses.....	81
3.1.	La Corte Suprema de los Estados Unidos y el control de constitucionalidad.....	81
3.2.	Los tres últimos periodos de la Corte Suprema de los Estados Unidos ..	84
3.3.	Dworkin y el precedente.....	87
4.	Resumen y consideraciones.....	92
CAPÍTULO III. LA RESPUESTA CORRECTA EN DWORKIN		96
1.	Introducción.....	96
2.	Problematización y propósito de la respuesta correcta.....	96
2.1.	El problema de la respuesta correcta.....	97
2.2.	El objeto de estudio de la respuesta correcta.....	100
3.	La metodología de la respuesta correcta.....	101
3.1.	Contexto y adjudicación de la respuesta correcta.....	103
3.2.	Discrecionalidad y respuesta correcta.....	105
3.3.	Constitucionalismo, principios y respuesta correcta.....	107
3.4.	Proceso de formación de principios y respuesta correcta.....	113
4.	Críticas a la respuesta correcta.....	121
4.1.	Las críticas internas.....	121
4.2.	La postura de Dworkin.....	126
5.	Resumen y consideraciones.....	129
CAPÍTULO IV. TEORÍA DEL DERECHO		134
1.	Introducción.....	134
2.	Concepto de derecho.....	135
2.1.	Discrecionalidad.....	140
2.2.	La crítica a la regla de reconocimiento.....	141
2.3.	Los casos difíciles.....	143
2.4.	Reglas y principios.....	144
2.5.	Derecho como integridad.....	146
2.6.	Hércules y el fin del derecho.....	148
2.7.	Interpretación, decisión judicial, principios de justicia e integridad	150
2.7.1.	Interpretación y decisión judicial.....	150
2.7.2.	Integridad, interpretación y principios de justicia.....	156

3. Resumen y consideraciones.....	165
CAPÍTULO V. TEORÍA DE LOS DERECHOS.....	171
1. Introducción.....	171
2. Teoría de los derechos	171
2.1. Rawls y la teoría de la justicia.....	171
2.2. Democracia	173
2.3. El enfoque de la teoría de la justicia	174
2.4. Preexistencia de los principios	176
2.5. Derechos básicos, institucionales y legales.....	177
2.6. Derechos individuales en serio	178
2.7. Conflicto entre derechos o principios	178
2.8. Puntos de encuentro. Paine , Locke y Dworkin	179
2.9. Justicia para erizos y los derechos.....	181
3. Excurso. Derechos fundamentales y respuesta correcta.	184
3.1. Introducción.....	184
3.2. Las posiciones existentes de la objetividad de los derechos fundamentales.....	184
3.3. La concepción de la objetividad de los juicios de valor sobre derechos fundamentales.....	187
3.4. Los derechos fundamentales y la respuesta correcta en el derecho	188
3.5. Conclusiones y puntos en común de Dworkin y Arango	191
4. Resumen y consideraciones.....	192
CAPÍTULO VI. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS	195
1. Introducción.....	195
2. Teoría de los principios	195
2.1. Contexto y fundamentación de los principios	195
2.2. Principios morales - jurídicos	199
2.3. Discrecionalidad y principios	200
2.4. Derecho como integridad y principios	202
2.5. Adjudicación judicial de los principios	203
3. Excurso. Análisis de un caso.....	206
3.1. Introducción.....	206

3.2.	El problema de la validez	212
3.3.	La hipótesis del caso	219
3.4.	Los principios como criterio para resolver el caso	220
3.5.	Conclusiones del análisis de caso	226
4.	Resumen y consideraciones	227
CAPÍTULO VII. TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN.....		230
1.	Introducción.....	230
2.	Teoría de la interpretación.....	231
2.1.	El derecho como fenómeno social y las teorías semánticas	231
2.2.	Interpretación del arte y las prácticas sociales.....	233
2.3.	La interpretación creativa Dworkiniana	236
2.4.	Metodología de la decisión judicial y las etapas de la interpretación judicial	237
2.5.	Colisión de principios	239
2.6.	Justicia para erizos y la interpretación	241
3.	Resumen y consideraciones.....	243
CAPÍTULO VIII. TEORÍA DE LA VERDAD OBJETIVA.....		246
1.	Introducción.....	246
2.	Verdad objetiva de Dworkin	246
2.1.	Punto de Partida: críticas al escepticismo	246
2.2.	La visión interna y externa	249
2.3.	Neutralidad en el escepticismo	253
2.4.	Las lecturas de los escépticos externos	256
2.5.	Postura de la primera persona	258
2.6.	Principio de Hume.....	261
2.7.	La responsabilidad moral y objetividad en las decisiones judiciales.....	262
3.	Resumen y consideraciones.....	267
CAPÍTULO IX. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DETRÁS DE LA RESPUESTA CORRECTA		272
1.	Introducción.....	272
2.	Donald Herbert Davidson.....	272
2.1.	Resumen y consideraciones	277

3.	Jürgen Habermas y Hilary Whitehall Putnam	279
3.1.	Resumen y consideraciones	288
4.	John Bordley Rawls.....	292
4.1.	Resumen y consideraciones	301
5.	Willard Van Orman Quine.....	302
5.1.	Resumen y consideraciones	308
6.	Hans-Georg Gadamer.....	309
6.1.	Resumen y consideraciones	315
7.	Immanuel Kant y Aristóteles. La Razón práctica.....	317
7.1.	Resumen y consideraciones	342
CONCLUSIONES.....		344
1.	Contexto y la tradición jurídica de Ronald Myles Dworkin	345
2.	La tesis de la única respuesta correcta	349
3.	Presupuestos que permiten la existencia de la tesis de la única respuesta correcta del derecho.....	352
4.	Clarificación de la procedencia de los aportes filosóficos que contribuyen a la tesis de la única respuesta correcta en derecho.	357
4.1.	Donald Herbert Davidson	357
4.2.	Hilary Whitehall Putnam y Jürgen Habermas	358
4.3.	John Bordley Rawls.....	359
4.4.	Willard Van Orman Quine.....	360
4.5.	Hans-Georg Gadamer.....	361
4.6.	Immanuel Kant	363
4.7.	Aristóteles	364
ANEXO I. GLOSARIO		366
	Agujón semántico	366
	Casos difíciles.....	366
	Coherencia.....	367
	Democracia	368
	Derecho.....	368
	Derechos.....	369
	Directrices políticas.....	370

Discrecionalidad.....	370
Ética	371
Incertidumbre	371
Indeterminación	372
Integridad	372
Justicia	372
Juez Hércules	375
Moral	376
Moral Política.....	376
Novela en cadena	377
Principios	377
Respuesta correcta.....	378
Sistemas jurídicos avanzados	378
Teorías semánticas.....	379
ANEXO II. CRONOLOGÍA E HITOS IMPORTANTES.....	380
Cronología vital.....	380
1931	380
1953- 1957.....	380
1957-1962.....	380
1962-1968.....	381
1969	381
1975-1984.....	381
1998	381
2007-2012.....	382
2013.....	382
Cronología general del Trabajo intelectual de Dworkin.....	382
Periodo I. 1963-1985	382
Periodo II. 1986-2011	384
BIBLIOGRAFÍA.....	386
PRIMARIA	386
Video.....	388
SECUNDARIA	389

INTRODUCCIÓN

Introito

Este acápite presenta y describe los elementos fundamentales del trabajo de investigación, junto con la forma en que se instituyó la tesis. La primera parte de esta sección plantea el problema de investigación, junto con las preguntas problema y el enfoque o hipótesis que avizoran el trabajo. La segunda parte se encargará de presentar el objetivo general de la tesis y los objetivos específicos que contribuirán a resolver el objetivo general. La tercera parte delimita el alcance de la investigación. La cuarta parte da cuenta de la metodología usada a lo largo de la tesis. La quinta y última parte trata de la estructura y las partes que constituyen la tesis.

1. Planteamiento del problema y formulación de preguntas problema

La trascendencia de esta investigación se representa en el campo de la discusión en torno al problema de la respuesta correcta en el derecho. El aporte a la línea de investigación se materializa en la reapertura y reflexión de un tema que no es pacífico, además de la posibilidad de actualizar el debate desde una panóptica orientadora y clarificadora.

No estamos frente un asunto estrictamente novedoso, sin embargo, es una temática vigente, acompañada de diversos aspectos por estudiar, pues ha sido materia de bastante estudio en las últimas décadas por algunos filósofos y teóricos del derecho. La identificación de los presupuestos de la respuesta correcta en el derecho representa una cruzada ardua y dificultosa para los estudiosos de este campo, puesto que las estimaciones críticas o avaladoras se promueven a partir de diferentes posturas filosóficas y jurídicas, lo cual hace patente que se despliega una

autorreflexión del derecho, así como una reflexión filosófica a partir de diferentes ramas de la filosofía o desde la misma sociología. Sin embargo, la investigación se abordará desde la teoría jurídica y la filosofía moral.

La investigación tiene como autor medular a Dworkin, por lo cual es menester presentar una reseña menor de los intereses del autor, con relación a la temática planteada en el trabajo que se desarrolla aquí. Lo anterior, con el fin de entender el contexto en el cual se formularon sus ideas relevantes. Dworkin abordó el mundo del derecho a partir de la aplicación social, pero su intervención se caracterizó por ser vibrante y controvertida, ya que las temáticas de sus trabajos académicos trataron asuntos sensibles a nivel social y moral como: la eutanasia, la pornografía, el terrorismo, el racismo y el aborto.

Particularmente en sus textos *El Dominio de la Vida* de 1993, *Derecho de las Libertades* 1996 y *Virtud Soberana* 2000 trata reflexiones y temáticas importantes para la opinión pública y la política estadounidense. En estos se profundiza sobre los derechos individuales, la igualdad como virtud democrática, la libertad, responsabilidad e igualdad como elementos sinérgicos, el aborto, los anticonceptivos y la eutanasia, entre otros aspectos, los cuales generalmente están ligados al haber de la Corte Suprema con relación a casos judiciales, como el caso *Griswold v. Connecticut* de 1965, el caso *Roe v. Wade* 1973, el caso de *Maher v. Roe* de 1977, el caso de *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* de 1986, entre otros¹.

Alrededor de estos particulares, Dworkin discutió la armonía entre la moral y el derecho, el uso de los principios en el proceso de interpretación del derecho en las decisiones judiciales, así como la forma de decidir los casos difíciles y las

¹ DWORKIN, Ronald, "*Derechos, libertades y jueces*", Antioquia: Fondo Editorial Unisabaneta-Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 20-21.

restricciones a la libertad de expresión. También trató asuntos relacionados con la desobediencia civil, la igualdad en el contexto de la democracia, la discriminación positiva, la forma de conformar un tribunal, la discrecionalidad judicial y la seguridad jurídica con relación al rol público y político de los jueces.

Las opiniones de Dworkin acerca de los niveles políticos, éticos y jurídicos de la sociedad norteamericana estimularon el debate académico hacia una renovación, el cual se propagó como pólvora en el mundo jurídico. Sus posiciones fueron y siguen siendo citadas en decisiones judiciales de altas cortes. Con su primer artículo "*Discreción Judicial*" del año 1963 abrió un brecha en el análisis de la responsabilidad del rol y los principios fundantes, como la dignidad humana e igual trato, los cuales se refinaron a través de la sinergia de sus tres campos de acción (moral, política y derecho) hasta llegar a su obra final *Justicia para Erizos*. Lo anterior, lleva consigo la problemática alrededor de los principios, que se usan para justificar la mejor respuesta posible, en términos morales, respecto de las prácticas del derecho en su contexto. Generalmente Dworkin desarrolló en construcciones teorías paralelas a las actividades de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es decir, una combinación de teoría y praxis.

La difusión de sus trabajos entre 1968 y 2012 se extendió a la audiencia intelectual a través de *The New York Review of Books*. Allí pauto más de un centenar de cartas, artículos, reseñas, entre otros documentos, los cuales tenían reflexiones filosóficas y jurídicas, mayormente relacionadas con decisiones judiciales polémicas de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Fue tal su actividad en la escena pública que en 1997 se sumó a un *amicus curiae* ante la Corte Suprema en la famosa intervención *Philosophers' Brief*, junto con otros filósofos del campo político y moral como Nagel, Nozick, Rawls, Scalon y Thomson. En esta ocasión la Corte Suprema de los Estados Unidos debía decidir sobre el derecho a elegir la muerte por parte

de unos pacientes moribundos, para evitar el sufrimiento de sus padecimientos (la primera vez que intervienen filósofos morales).²

Otra famosa intervención de Dworkin mediante su crítica "*Una elección fatídica*", fue el de las elecciones presidenciales, donde Obama y McCain eran candidatos. Aquí arremetió contra los conservadores y su candidato, señalando que sería un error elegirlos, dado que ellos durante años habían querido coaptar la Corte Suprema para que la mayoría de los magistrados sirviesen a intereses de la ortodoxia económica, religiosa y cultural. Por otro lado, resaltaba que Obama por su raza y orígenes ayudaría a enervar la arrogancia racial de las instituciones estadounidenses³.

A lo largo de su vida Dworkin se opuso siempre a la aseveración del positivismo de respuestas diferentes e indeterminadas en lugar de respuestas correctas. Como herramientas para la confección de su tesis echó mano de la razón y la imaginación. Objetó a sus contradictores subrayando que, desde el principio, él insistió en que el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta, puesto que ella implica finalmente un reclamo moral a la judicatura.

En su libro *El Imperio de la Ley* sostiene que los críticos no lograron comprender de qué trata la controversia sobre las respuestas correctas. La discusión es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica. La tesis de la respuesta correcta debe ser entendida como un reclamo moral, el cual no es para nada categórico, en lo que respecta a la moralidad y al derecho⁴.

² Ibidem, pp. 13-14.

³ Ibidem, p.13.

⁴ DWORKIN, Ronald. "*El imperio de la justicia*". 2 ed. España: Editorial Gedisa, 2012, p. 11.

Entenderá que el derecho es un ejercicio de interpretación y un fenómeno social, el cual puede concebirse mejor desde la perspectiva de la estructura de su interpretación constructiva. Sin embargo, existe un factor que no debemos perder de vista, el cual es la preocupación por la forma en que los jueces deciden, un dispositivo medular en la actividad judicial. De ahí que tome como objeto de estudio el arbitrio judicial, para desarrollar su tesis de la única respuesta correcta en el derecho.

La inclinación del juez, así como la fundamentación de la discrecionalidad (en sentido fuerte) se mueven alrededor de la consideración de lo justo e injusto, lo cual abre la posibilidad del análisis de la tesis frente a diferentes fenómenos como la ceguera o ininteligibilidad respecto a múltiples componentes problemáticos que se entrecruzan con otros entre sí y/u operan independientemente⁵.

El ejercicio del derecho como interpretación y fenómeno social, por un lado, servirá para hallar el valor de verdad de las expresiones o enunciados que justifican una posición, y a su vez para describir un derecho o deber dentro de una institución jurídica, lo cual aboca a una teoría del derecho, puesto que una teoría del derecho es en sentido amplio una interpretación de una práctica social⁶.

Por otro lado, la interpretación permitirá estudiar el propósito de las prácticas sociales. De manera que, la crítica es una consecuencia de desenvolverse en el terreno de la interpretación e implica entendimiento, aplicación, extensión, modificación o limitación en el marco de un propósito. De lo contrario sería una

⁵ Entre otros, podemos intuir que los elementos que giran alrededor de la problematización de la respuesta correcta son los componentes éticos-morales; los valores vigentes; la noción de justicia; la inferencia de la opinión pública, los medios de comunicación y la aceptabilidad social; las lagunas normativas; la colisión de principios; la inaplicación por inconstitucionalidad; así como la textura abierta y vaguedad de las normas.

⁶ Ver DWORKIN, Ronald. *“Una cuestión de principios”*, 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2012, p. 59.

mecánica automática indiferente de la interpretación, como algo no más que apodíctico⁷.

Respecto de los principios⁸, según el autor, estos fungen como justificación de las instituciones de la comunidad. Estos principios son producto de la tradición (como rectificación de la naturaleza de las cosas)⁹, pero instrumentalizados bajo una evaluación a través de la equidad¹⁰. Por otro lado, toda norma se fundamenta en un principio, por ello los jueces no pueden crear normas retroactivas y la actividad judicial no puede ser discrecional. Entender la preexistencia de derechos, garantiza la universalidad, la consistencia y la coherencia en las decisiones de orden judicial.

Para el autor, las decisiones judiciales penetran las dinámicas sociales de las personas, pues éstas originan verdaderos cambios y revoluciones en las perspectivas de la sociedad. Pero, para sostener lo anterior, nos recuerda los ejes temáticos de algunas decisiones judiciales como: si los Estados deben o no y en qué forma ejecutar a los culpables de asesinatos, o prohibir el aborto, o exigir que se rece en las escuelas públicas, o si el Congreso debe reclutar soldados para pelear una guerra o forzar al presidente a hacer públicos los secretos de su función¹¹.

⁷ Ver DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia". Óp. cit., p. 46.

⁸ Nos referimos en este aparte a principios y no a valores, en Dworkin no es lo mismo (similar a la distinción de Habermas en su obra facticidad y validez). Su planteamiento tiene un canon deontológico, y de entrar en un planteamiento de valores se entra en la axiología, lo cual relativiza.

⁹ Dworkin construye el peso de los principios, lo cual se relaciona con Aristóteles cuando manifiesta que existe una diferencia entre la equidad y lo equitativo. La equidad se referirá a la justicia (cerca al canon normativo-la Ley) y lo equitativo se asociará a lo justo. Donde no alcanza a llegar el legislador en su formulación universal, allí llegará el ejercicio de rectificación de la naturaleza de las cosas, es decir, acerca de la cosa práctica (equitativo). Dworkin en *Justicia para Erizos* pone de presente su filiación con la interpretación moral de Aristóteles, entre otros aspectos. Éste aspecto lo desarrollaremos en el apartado de la razón práctica del capítulo noveno.

¹⁰ "Hércules llegará a la conclusión de que esta doctrina de la equidad ofrece la única justificación adecuada de la práctica del precedente como tal. Sacará también ciertas conclusiones ulteriores respecto de sus propias responsabilidades cuando decide casos difíciles. De ellas, la más importante es que debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio necesarios para justificar aquellas decisiones. Si se considerase que una decisión anterior estaba totalmente justificada por algún argumento político, esa decisión no tendría fuerza gravitacional. Su valor como precedente quedaría limitado a su fuerza de ley, es decir, a nuevos casos abarcados por algunas palabras particulares de la opinión. La fuerza distributiva de un objetivo colectivo, como señalamos antes, es cuestión de hechos contingentes y de estrategia legislativa general." DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio", 1 ed. España: Ariel S.A., 1984, p.186.

¹¹ *Ibidem*, pp.15-16.

Afirma que es tal la preponderancia del poder judicial que, además de la injerencia en la vida de las personas, la ley es transformada continuamente en lo que el juez sostiene que es¹² (establece lo que es vinculante normativamente). Dirá que los jueces deben no sólo acudir a las decisiones en el pasado, sino que también deben usar la interpretación con el fin de atender los menesteres de la comunidad política de una democracia constitucional con coherencia y en observancia de los principios instituidos. Todo esto en el marco del proceso democrático fundamentado en el liberalismo igualitario.

Adicional a la muestra de la dimensión social (entre otros aspectos, los derechos, las relaciones y la propiedad), el aspecto moral cobra importancia en la problematización que plantea Dworkin sobre la respuesta correcta, pues *¿es la determinación de lo justo o injusto suficiente para apartarse de una norma o justificar su aplicación de determinada manera?*

A lo anterior, Dworkin respondió tomando la única respuesta correcta, como una crítica dual al positivismo jurídico, de un lado, por las deficiencias en la interpretación y, de otro lado, por la discrecionalidad judicial¹³. Por ello, nuestro autor buscará objetivar el juicio de valor de las decisiones judiciales, para justificar la respuesta correcta, con lo cual apoyará y hará patente la inexistencia de escisión entre el derecho, la política y la moral.

En el debate de los casos difíciles, se discute desde la perspectiva de Hart que, no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez. Hay un componente que es discrecional. Por su lado y de forma antípoda Dworkin dirá que la respuesta correcta está inmersa en el ordenamiento jurídico, pero debe ser descubierta.

¹² Ibídem, p.15.

¹³ Ibídem, p.12.

De acuerdo con el prólogo de Albert Calsamiglia en *Los Derechos en Serio*, el juez carece de discreción, y se produce por ello una marcada escisión entre la actividad judicial y el poder político. Los postulados de Dworkin promueven muchas ventajas, las cuales podemos sintetizar en que: (i) el juez no invade las competencias del legislador, pues, actúa en el marco de derechos preestablecidos subordinado a la ley y al derecho, de manera que, es compatible con el postulado de la separación de poderes; (ii) el modelo de la respuesta correcta no se cimienta solamente en la teoría del silogismo jurídico, pues en los casos difíciles los jueces basan sus decisiones en principios, los cuales deben ser hallados, ya que están inmersos en el derecho¹⁴.

La interpretación del positivismo y de enfoque pragmatista que Dworkin criticó, no da cuenta de la creatividad judicial, que es lo que dinamiza el derecho en el marco de la visión del pragmatismo norteamericano clásico¹⁵. En *Los derechos en serio*, la referencia al caso Riggs vs Palmer del 8 de octubre de 1889 de un Tribunal de New York, se explicita el uso de principios. Allí se echa mano de la idea de que a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude, para sacar partido de su propia injusticia o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen¹⁶.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 21

¹⁵ En términos de Dworkin el pragmatismo jurídico es una teoría de aplicación del derecho, la cual entiende que los jueces deben fallar en un sentido consecuencialista, es decir, el juez debe decidir considerando las mejores consecuencias para la comunidad. Es de alguna manera utilitarista, puesto que, se debe maximizar las condiciones de bienestar o las expectativas económicas, es una visión de la eficiencia que no se aparta de la ley y las anteriores decisiones. Señala Dworkin que “...*El pragmatismo jurídico suena maravillosamente juicioso, ¿verdad? Suena muy americano, empírico, realista e incluso, particularmente cuando se piensa en quiénes son los principales valedores de este planteamiento, muy Chicago, muy directo y todas esas cosas. Pero con el oportuno cambio de dicción y matiz su voz también es la de Oliver Wendell HOLMES, el santo patrón de este enfoque, quien dijo que el derecho no vivía una vida de lógica, sino de experiencia. Es la voz de los realistas jurídicos americanos, como se les llamó, que a partir de los años treinta transformaron la educación jurídica estadounidense insistiendo en que el derecho académico tenía que hacerse más práctico, empaparse más con los hechos, ser menos teórico y abstracto.*”. DWORKIN, Ronald, “*La justicia con toga*”, 1 ed, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 153. La crítica de Dworkin al planteamiento pragmatista — particularmente a Posner—, parte de que éste no llega a nada, dado que, no explica la forma cómo debe decidirse en el marco de las mejores consecuencias. En todo caso la mejor teoría moral que se ajustaría a esta concepción de decisión jurídica es la utilitarista, sin embargo, Posner lo rechaza, con lo cual Dworkin recrimina que el vacío, que no explica las decisiones que implican eficiencia económica, la seguridad y la protección del medio ambiente hasta la justicia racial, la igualdad de género, entre otras.

¹⁶ Ver DWORKIN, Ronald. “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p.73

A través de los principios, su teoría del derecho se perfila como una destreza de justificación argumentativa. En *El Imperio de la Ley*, considera que el derecho es un fenómeno social, que, en la práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, consiste en desplegar y argumentar¹⁷. En la *Justicia con Toga*, Dworkin plantea el derecho como un concepto interpretativo¹⁸, que en lo operativo se basa en los mejores argumentos de una generación, donde el sentido de los textos es el que le pretenden dar quienes los crearon, pero siempre en su mejor versión posible¹⁹. En *Justicia para Erizos* el derecho es una rama en una estructura de árbol que considera desterrada la separación entre derecho y moral²⁰. El derecho en sí es un ejercicio de interpretación moral, que debe tener filiación a la filosofía y la política como una rama de la moral política²¹.

La propuesta de teoría del derecho de Dworkin parte de que no hay separación entre la moral y derecho – es un sólo sistema –, pues de acuerdo con su explicación son ramas del árbol de la moral política, donde ésta es una categoría orientadora de las decisiones judiciales, cuya composición está dada por el derecho, la moral y la política. Aquí la integración es una importante condición de la verdad, en el sentido de que nuestras concepciones deben encajar sinérgicamente con los valores políticos²². Pero, esta moral política depende de la interpretación, pues las tradiciones según Dworkin son un caleidoscopio de prejuicios y conflictos de principio en constante cambio, donde la gente común difícilmente se pondrá de acuerdo con una concepción, como, por ejemplo, la justicia²³. Sin embargo, a nivel institucional se debe creer que sí hay objetividad, y la interpretación es la

¹⁷ DWORKIN, Ronald. “*El imperio de la justicia*”, Óp. cit., p. 23.

¹⁸ En un sentido doctrinal, esto es, sobre el uso correcto del concepto.

¹⁹ DWORKIN, Ronald, “*La justicia con toga*”, Óp. cit., pp. 39-41.

²⁰ DWORKIN, Ronald. “*Justicia para erizos*”, 1 ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 386-387.

²¹ *Ibíd*em, pp. 390-391.

²² *Ibíd*em, p. 17.

²³ *Ibíd*em, p. 20.

herramienta que forma la moral política, la cual a su vez está en la manos del valor como peso, de manera que la objetivación es producto de la argumentación²⁴.

La moral política en esta estructura de árbol deviene de una moral más personal y general. Asimismo, la moral personal proviene de la ética. Dworkin en *Justicia para Erizos*, entiende que la ética estudia cuál es la mejor forma que tienen las personas de manejar su responsabilidad de vivir bien, y la mora por su lado, está en el ámbito personal, que responde a la pregunta de qué debe cada uno, como individuo, a los demás. La moral política, en contraste, estudia qué debemos todos juntos a los otros como individuos, cuando actuamos en persona colectiva artificial y en su nombre, la cual está compuesta por la política, la moral y el derecho²⁵. Esta perspectiva nos presenta al operador jurídico con carácter evaluativo, ya que usa la concepción de la moral política para enlazar la estructura de interpretación y justificación, para luego determinar lo que se debe adjudicar en un caso particular.

En este punto, es de suma importancia traer a colación la perspectiva de los derechos de Dworkin, pues para poder entender la dimensión del problema de las respuestas correctas, se debe entender que la función del derecho es la de garantizar los derechos individuales frente las agresiones de la mayoría y del gobierno²⁶. Por ello, el autor hace un llamado, para que se tomen los derechos en serio; es decir, enmarca su teoría de los derechos en una concepción de moral política reestructuradora de criterios objetivos, pues el razonamiento moral político da lugar a un conjunto de principios que justifican y dan sentido a las instituciones²⁷.

Sus artículos “*¿Es una Ley un Sistema de Reglas?*” y “*El Modelo de Reglas*” ambos de 1967, que luego se recogería en su obra *Los derechos en Serio* de 1977, no solo fueron una contestataria postura al positivismo de Hart, sino que también en el

²⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

²⁵ *Ibidem*, p. 313.

²⁶ DWORKIN, Ronald. “*Los derechos en serio*”, *Op. cit.*, p. 17.

²⁷ *Ibidem*, pp. 11-12.

contexto de la guerra de Vietnam y las nacientes luchas sociales de las minorías abrieron la brecha a ver el derecho como sistema en términos más amplios que un sistema de reglas. Los principios juegan un papel fundamental en un nuevo razonamiento diferente al apodíctico de todo o nada en contextos de casos difíciles, donde se discute, igualmente, la visión de derechos individuales como triunfos frente a la mayorías.

Pero lo anterior, se materializa a través del proceso de la actividad judicial, donde el juez descubre el derecho a través de una construcción narrativa coherente del precedente, como la mejor justificación posible que lo explica a éste. Esto en el marco de una práctica social y la observancia de las tradiciones políticas y morales, que sumergidas en un sentido encuentran valor –verdad interpretativa jurídica–. En su obra *El Imperio de la Ley* nos muestra una importante lección para la práctica judicial bajo una perspectiva del derecho como interpretación, cuyas proposiciones jurídicas son prescriptivas y descriptivas. Aquí la moral es un inescindible departamento en una concepción de moral política, que orienta la posibilidad de objetividad en el derecho de una decisión judicial, donde ésta se denominaría como correcta.

El foco de la problemática no es ni epistemológica –sobre la teorización del derecho–, ni sobre la óptica metafísica. Dworkin se basa en el sentido común del jurista norteamericano gravado por el realismo jurídico y en el desarrollo de la filosofía analítica en los años 1970 y 1980. Su interés será por la práctica interpretativa, lo cual conlleva, para él, la objetivación de la tesis jurídica que se pretende postular como correcta, en una perspectiva de filosofía moral y filosofía política.

Ahora bien, la respuesta correcta es problematizada, como una crítica dual al positivismo jurídico, de un lado, por las deficiencias en la interpretación y, de otro

lado, la discrecionalidad judicial²⁸, la cual implica que a los mismos casos se apliquen las mismas decisiones, en el marco de la integridad. Operativamente, la respuesta correcta se descubre a través del trasegar en unas etapas de orden epistemológico, hermenéutico y pragmático, las cuales se encuadran en una reflexión moral. Estas, a grandes rasgos implican una identificación de la normativa, una justificación de forma coherente de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación, entendido como la necesaria aplicación de la mejor justificación²⁹.

La adhesión por parte del juez a una tesis como respuesta correcta dependerá de la equidad conciliada al contexto de forma razonable. De ahí que, en el reino de la teoría de Dworkin, la verdad sea un producto discursivo formado en el fuego de la coherencia, con lo cual consigna sentido a las proposiciones normativas, y a su vez permite, precisamente, atribuir una categorización de verdad correctiva, sin resbalar por causa de la subjetividad, ya que opera la obligación de actuar con responsabilidad política³⁰ en el uso de un razonamiento jurídico - pragmático para la producción de la decisión judicial orientada por una moral objetiva.

Llegados a este punto debemos preguntarnos por el porqué, el cómo y el para qué, que trasladó al autor a plantearse el problema por las respuestas correctas. El problema de las respuestas gravita en el campo de la moral y no de la epistemología o la metafísica. Su formulación es una crítica al punto de vista interno del ejercicio del derecho, pues éste es un ejercicio de interpretación y un fenómeno social, que

²⁸ ARANGO, Rodolfo, “¿Hay respuestas correctas en el derecho?”, 1 ed, Santafé de Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores, 1999, p.12.

²⁹ DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Óp. cit., pp. 57-58.

³⁰ “La tesis de los derechos proporciona, por lo tanto, una explicación más satisfactoria de la forma en que los jueces usan los precedentes en los casos difíciles, que cualquier explicación que pueda ofrecer una teoría que asigne a la política un papel más destacado. Los jueces, como todos los funcionarios políticos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, que, en su forma más general, enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que las que puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar. En esta forma general, la doctrina parece inocua; pero incluso en esta forma, condena un estilo de administración política que, siguiendo a Rawls, podríamos llamar intuicionista. Condena la práctica de tomar decisiones que aisladamente parecen correctas, pero que no pueden ser incluidas en una teoría que abarque tanto principios como directrices políticas generales, y que sea congruente con otras decisiones a las que también se considera correctas.”. DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 21.

tiene como propósito acercarse a la verdad como coherencia discursiva, y no de forma apodíctica o lógica, es decir, se sostiene una formulación interpretativa más que descriptiva.

Pero el punto de partida del problema de las respuestas correctas inicia con la pregunta de ¿cómo deben los jueces establecer lo que es vinculante normativamente? Dirá que los jueces deben no sólo acudir a las decisiones en el pasado, sino que también deben usar la interpretación con el fin de atender los menesteres de una comunidad política con coherencia y en observancia de los principios instituidos en el marco del proceso democrático y la tradición constitucional.

El objeto de estudio de nuestro autor será el arbitrio judicial, pues el fin del ejercicio del derecho será hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la justificación de una posición en el marco de una valoración a través de la tradición y selección de los principios e institución del derecho, de ahí que la discrecionalidad esté proscrita para Dworkin. La respuesta correcta está inmersa en el sistema legal, pero debe ser hallada. Por lo tanto, los casos difíciles tienen una respuesta correcta, la cual es unívoca en todos los casos³¹.

La forma de llevar a cabo esta empresa de hallazgo de la objetividad de los juicios de valor de las decisiones judiciales se desarrolla mediante una metodología de novela en cadena, donde la mejor justificación implicará una identificación de la

³¹ En relación pertinente se referencia el siguiente aparte del prólogo del libro los derechos en serio de Dworkin: *“El juez carece de discreción y por tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes. El modelo de Dworkin evita varios problemas importantes: el primero, que el juez no se constituya en legislador, lo cual significa que el poder judicial tiene como función garantizar derechos preestablecidos. En segundo lugar: la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho. El poder judicial; es «nulo» -como afirmaba Montesquieu- porque su función es garantizar derechos. En tercer lugar: el modelo de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero acepta su principio político básico: el juez no tiene ni puede tener poder político. La función del juez es garantizar los derechos individuales y no señalar los objetivos sociales. La función judicial es distinta a la legislativa o a la ejecutiva. En cuarto lugar: en los casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas. Los casos difíciles se resuelven en base a principios que fundamentan derechos.”* Ibidem, p. 21.

normativa vigente. Lo inmediatamente anterior es una justificación coherente de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación, es decir, una mirada a través de la equidad, echando mano de los principios, que son los que orientan la decisión.

Hasta acá, tenemos un planteamiento general de la tesis de la respuesta correcta en el derecho. No obstante, el sustrato del problema de nuestro trabajo se basa en la ambigüedad de la comprensión de la tesis de la respuesta correcta por parte de críticos y simpatizantes, dado que no existe elucidación alguna sobre las condiciones o presupuestos, es decir, la fundamentación de las categorías que Dworkin usa en el desarrollo de su postulado, ya que no está claramente evidenciado, lo cual contribuye a que sea entendido de formas distintas y sea blanco de muchas críticas.

Lo vital de nuestro problema se representa en lo que se puede entender por objetivo y el proceso de objetivación. Para Dworkin la reflexión filosófica de la moral política sugiere la necesidad de una respuesta correcta de corte universalista basada en principios, que rompa con el relativismo propuesto por los escépticos. Por ello se necesita identificar los presupuestos a través de una revisión clarificadora de la formulación de novela en cadena y el derecho como literatura³², en consonancia con un marco de integridad del derecho, donde desde la institucionalidad (Rawlsiana) de los principios morales y políticos de la comunidad cohesionan, y permiten la respuesta correcta.

¿De dónde viene? y ¿cuál es la tradición jurídica? Estos interrogantes nos sumergen en la pregunta por el tipo de razón práctica que usa el autor, el problema de la discrecionalidad judicial y la seguridad jurídica, los cuales a su vez nos

³² A pesar de que la literatura y el derecho se puedan considerar como ficciones, el derecho a diferencia de la literatura, en el caso de Dworkin tiene una pretensión de verdad y corrección integral (moral, política y derecho) a partir de la interpretación y justificación coherente, en el marco de los principios de la moral política de la sociedad. La verdad podría ser entendida como la adecuación de la proposición jurídica con los principios de la moral política de esa comunidad.

conducen a preguntarnos ¿cómo decide el juez de Dworkin? y ¿en qué tradición o corriente se sitúa o tiene aproximación? Por ello, es importante identificar y clarificar los momentos y posturas que han permitido su evolución hasta llegar a *Justicia para Erizos*, donde se continúa defendiendo la tesis de la respuesta correcta en derecho, junto con una perspectiva que aborda asuntos éticos y metaéticos, en el sentido de fundar nuestras vidas buenas en la dignidad humana y la auto consideración de respeto, sin trasgredir a los demás, en observancia de la responsabilidad moral de sus deberes al proponerse sus objetivos éticos de vida buena, que hacen parte de una unidad moral política, y es un concepto interpretativo.

Esta revisión permitirá determinar si la construcción de las premisas de su trabajo lleva en verdad a la respuesta correcta en derecho, pues como se ha venido significando, sus posturas y cambios representan momentos del autor que dificultan la lectura por parte de otros y promueven interpretaciones distantes al propósito del autor.

Nuestra problemática versa sobre ¿cómo y de qué está construida la tesis de Dworkin sobre la única respuesta correcta en derecho?, así como ¿cuáles son las implicaciones para el trasegar de los diferentes momentos de la postura del autor? y ¿cuáles son los presupuestos que edifican la probabilidad de la tesis de la respuesta correcta en derecho? En este orden de ideas, la clarificación e identificación de vacíos (si es que los hay), nos dará cuenta del campo desde el cual habla el autor, pues lo que es damos por supuesto que es obvio, tal vez no lo sea tanto.

1.1. Hipótesis

Existen presupuestos filosóficos y jurídicos que permiten considerar la posibilidad de la tesis de la respuesta correcta en el ámbito de las decisiones judiciales.

2. Objetivos de la tesis

2.1. Objetivo General

Examinar la forma y elementos en que se edificó la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta en derecho.

2.2. Objetivos Específicos

- ✓ Describir el contexto y la tradición jurídica de Ronald Myles Dworkin.
- ✓ Presentar la tesis de la única respuesta correcta a partir de la obra de Ronald Myles Dworkin.
- ✓ Identificar los presupuestos que constituyen la tesis de la única respuesta correcta del derecho de Ronald Myles Dworkin.
- ✓ Clarificar la procedencia de los aportes filosóficos que pueden contribuir a fundar la tesis de la única respuesta correcta en derecho.

3. Alcance de la investigación

Esta sección explica el alcance del trabajo de la tesis. El alcance del estudio se construye sobre la base del descarte y definición de los enfoques que la investigación fragua naturalmente frente a la problemática planteada. De manera que, (i) la investigación posibilita un abordaje amplio a nivel filosófico - político (legitimidad), jurídico (validez) sociológico (eficacia), donde múltiples factores gravitan y colisionan alrededor de la tesis de la respuesta correcta, la cual es

apreciada como una pretensión; (ii) implica la filosofía política, donde los factores como la opinión pública y aceptación social infieren en el sentido de las decisiones judiciales; (iii) presupone la ética y moral, como la noción de valores vigentes, la noción de justicia, que infieren en el sentido de las decisiones judiciales, en el sentido de lo más adecuado y equitativo; (iv) facilita la interpretación jurídica, con relación a los factores como la textura abierta, la vaguedad de las normas los vacíos normativos, la contradicción entre normas, la inaplicación de normas por inconstitucionalidad y la colisión de principios normativos.

4. Metodología de la tesis

Esta sección presenta la metodología de investigación aplicada en este trabajo. Aquí se desplegó en un norte cualitativo y analítico, dado que se investigó bibliográficamente, en un enfoque analítico e interpretativo de los documentos abordados. En concreto se llevó a cabo un ejercicio hermenéutico reconstructivo. En el primer nivel, se empleó una acopio de bibliografía relacionada con el contexto del derecho norteamericano, así como de toda la producción central del autor con relación al objeto de investigación, posteriormente se recogió documentación relacionada con autores transversales y paralelos en una óptica que nos conduce en un camino de la probabilidad de una tesis correcta en el derecho. Está bibliografía se clasificó en bibliografía primaria y secundaria, donde la bibliografía primaria está relacionada con obras centrales del autor materia de estudio y la bibliografía secundaria se relaciona con demás autores y tópicos cercanos o tangentes a la tesis de la respuesta correcta. En el segundo nivel se hizo examen de la documentación analizada y clasificada para luego formular la estructura de esta tesis, así como la fijación problemática del estado del arte y la edificación de una clarificación a través del marco teórico. Finalmente, en la hermenéutica de tercer nivel, se desarrollaron los objetivos específicos en la estructura capitular, para

luego comprobar la hipótesis y desarrollar el objetivo general de la tesis en una perspectiva clarificadora de los presupuestos de la tesis correcta en derecho.

5. Estructura de la tesis

Esta tesis está organizada en nueve capítulos, un capítulo de conclusiones, unos anexos sobre: un glosario de términos de Dworkin y una cronología e hitos para facilitar su comprensión. Cada capítulo comienza con una descripción general de la investigación presentada allí y se concluye con una sinopsis analítica de lo desarrollado en dicho aparte.

Debo anotar que el Capítulo II, el Capítulo III y el Capítulo VIII son inspirados y basados en la investigación que realicé para obtener la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre, titulada *Respuesta Correcta, Objetividad y Verdad en Dworkin*³³. De este trabajo surgieron algunas inquietudes y vacíos alrededor de la comprensión del trabajo de Dworkin, lo cuales pretendo abordar y superar en esta tesis doctoral.

Asimismo, el Apartado 7 del Capítulo IX desarrolla, profundiza y clarifica la perspectiva Kantiana con relación a la respuesta correcta de Dworkin, a partir de un artículo comparativo entre Kelsen y Kant, el cual me originó interrogantes sobre la influencia de Kant en Dworkin, respecto de la moral, el derecho, la razón práctica, entre otros aspectos de su obra. Este artículo fue publicado en la revista *Sin Fundamento* de la Universidad Libre, bajo el título “Kant y Kelsen: La respuesta correcta en el derecho”³⁴, durante mi primer año de doctorado.

³³ MONROY, Alexander, *Respuesta Correcta, Objetividad y Verdad En Dworkin*, Bogotá: Universidad Libre, 2018, Tesina Maestría. Disponible en:

https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11858/TESIS%20RESPUESTA%20CORRECTA%20OBJETIVIDAD%20Y%20VERDAD%20EN%20DWORKIN%20_FINAL_%2001_11_18%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁴ MONROY, Alexander, “Kant y Kelsen: La respuesta correcta en el derecho”, *Revista Colombiana de Filosofía, Sin Fundamento*, 2016, ISSN 1692-5726, No. 21.

El Apartado 3.6 del Capítulo VI, relacionado con la validez en el campo de los principios, fue motivado por elementos que surgieron de una reconstrucción del concepto de validez en el campo de la sostenibilidad fiscal y las pensiones. Producto de esta reconstrucción fue mi tesina de Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia.³⁵

En el Capítulo I se abordarán un tejido de ideas con el objetivo de destacar los importantes aportes del constitucionalismo norteamericano en su proceso de edificación democrática y constitucional a través de la óptica de sus contemporáneos, en un trasegar por tres eventos importantes, como lo son la independencia, el proceso formación de la constitución de 1787 y control de constitucionalidad. En el Capítulo II, exhibiremos rasgos generales acerca del sistema jurídico de los Estados Unidos de América, a la par que se muestra un estudio de la forma de adaptación del precedente. Posteriormente, introduciremos los referentes judiciales y tendencias importantes en los diferentes ciclos de las Cortes Supremas. Finalmente, se enseñará la representación de la perspectiva de Dworkin en diálogo con su punto de vista en el derecho.

En el Capítulo III, nos aproximaremos a la tesis de la respuesta correcta, como un descubrimiento creativo-constructivista que está en el sistema jurídico, el cual es parte de la categoría de la moral política. Esta respuesta correcta debe ser hallada en el contexto de los casos difíciles, puesto que existe una postura unívoca que está presente en todos los casos de la naturaleza referida. Finalmente, abordaremos un sucinto acopio de las más relevantes críticas, respecto de la tesis de la respuesta correcta, para luego recoger importantes consideraciones sobre lo tratado en este acápite.

³⁵ MONROY, Alexander, *Interpretación jurídica que sustentaría un incidente de impacto fiscal frente a la posición jurídica del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, respecto de la liquidación de las pensiones del sector público*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014, Tesina Maestría. Disponible en: <http://bdigital.unal.edu.co/46692/1/2674836.2014.pdf>

En el Capítulo VI presentaremos el concepto de derecho en Dworkin, la cual es una condición para la materialización de la respuesta correcta, dado que con esta visión de derecho el juez Herculano interpreta y descubre los principios correctos a partir de un sistema legal “avanzado”, que se orienta por la moral política.

En el Capítulo V presentaremos el presupuesto de la teoría de los derechos, el cual se expondrá a partir de una visión liberal igualitaria. Aquí los principios dan los cimientos para considerar los derechos como triunfos, bajo un marco democrático que desarrolla una justicia procedimental. El objetivo es garantizar por parte de jueces una contención de cara a las posibles agresiones de las mayorías a los grupos minoritarios o a un individuo, lo cual es completamente ajeno a su concepción de justicia y seguridad jurídica.

En el Capítulo VI se presentará el presupuesto de los principios, el cual se abordará alrededor de las críticas al positivismo jurídico. Estos principios tienen su asidero en el liberalismo igualitario y una concepción de razonamiento moral. Igualmente, la forma en que se presenta es a través de la distinción entre reglas, principios y directrices, lo cual permite hacer patente que la prueba de validez o de pedigree es plana, pues no considera principios morales y directrices que llevan consigo una carga de argumentación fuerte. El escenario primordial de los principios es aquel en el que se discute la inexistencia de norma aplicable al caso concreto, donde siempre podemos esperar una respuesta correcta.

En el Capítulo VII, nos aproximaremos a la teoría de la interpretación. Esto será bajo una perspectiva del derecho como argumentación, así como del estudio la interpretación de la práctica social y la interpretación artística, en el entendido en que las dos apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ella, lo cual será postulado por nuestro autor como la interpretación creativa.

En el Capítulo VIII, observaremos la verdad objetiva, como un proceso constructivo que busca la mejor posible justificación, en el desarrollo de una coherencia narrativa orientada por una lectura moral de la constitución, donde el derecho es prescriptivo y descriptivo, pero orientado por una moral política.

En el Capítulo IX se estudiará los autores destacados que contribuyen directa o indirectamente a conformar los presupuestos de la respuesta correcta. Dworkin por medio de su arrojada maniobra Procustonia en el uso de diferentes rumbos filosóficos³⁶, que permiten una riqueza directa o deducible con relación a autores como: (i) Donald Davidson, con relación a la verdad y objetividad, (ii) Jürgen Habermas y Hilary Putnam, con relación a la objetivación de juicios de valor (iii) John Rawls, con relación a la teoría de la justicia liberal y la objetividad, (vi) William van O. Quine con relación a una visión holística de la interpretación, (v) Hans Georg Gadamer acerca de la hermenéutica, para después presentar el tipo de razón práctica que Dworkin asume a partir de elementos Aristotélicos y mayormente Kantianos, lo cual es un presupuesto que condiciona las respuestas correctas para su desarrollo en el haber judicial.

Finalmente, se cerrará esta tesis con un capítulo de conclusiones, así como la presentación de un glosario de los términos Dworkinianos más frecuentes e importantes, así como una cronología e hitos importantes del autor.

³⁶ *“Uno de los hijos de Poseidón, Procusto, tenía un lecho; para que sus huéspedes se ajustaran a las dimensiones de este, Procusto los estiraba o los amputaba hasta alcanzar la medida exacta. Bien podría el lector ver en mí a otro Procusto, que estira y cercena las concepciones de las grandes virtudes políticas para que encajen limpiamente unas en otras. De ser así, yo lograría una unidad de pacotilla: una victoria sin sentido. Pero mi intención es someter cada una de las concepciones políticas que describo a la prueba de convicción. No me apoyaré en nada que suponga la solidez de una teoría por el simple hecho de que esta armoniza con otras que también nos parecen aceptables. Espero elaborar concepciones integradas que parezcan correctas en sí mismas, al menos después de reflexionar sobre el asunto. Sí hago, con todo, una afirmación independiente y muy vigorosa.”* DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Op. cit., p. 17.

CAPÍTULO I. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

1. Introducción

En este aparte nos ocuparemos de presentar un contexto enfocado en resaltar las contribuciones del constitucionalismo norteamericano a través del acopio de los análisis de sus autores contemporáneos de ese periodo respecto de la formación democrática y constitucional de los Estados Unidos. Se abordará el principio de supremacía de la constitución y su utilidad en el ejercicio judicial a través de un control difuso, con el cual se inaplican los contenidos legislativos que son antípodas a la constitución, y se reafirma el pilar de división de poderes y contrapesos recíprocos cuya legitimidad y eficacia se originan en la soberanía popular. La validez beberá de un iusnaturalismo deísta Lockeano. Así las cosas, nuestro recorrido lo abordaremos siguiendo tres eventos importantes, como lo son la independencia, el proceso de formación de la Constitución de 1787 y el control constitucional.

En este orden de ideas, este capítulo se dividirá en cuatro partes a saber: El iusnaturalismo estadounidense y la Carta Magna en el período de la independencia, el proceso formación de la Constitución de 1787, el control constitucional, y resumen y consideraciones.

2. El iusnaturalismo estadounidense y la Carta Magna en el período de la independencia

Este apartado se abordará un análisis de la influencia y el tipo de iusnaturalismo que durante el periodo de independencia inspiró la democracia constitucional

estadounidense, así como la influencia de la Carta Magna inglesa en el desarrollo de las reivindicaciones de las colonias durante el periodo de la independencia.

2.1. El iusnaturalismo estadounidense

Con la conformación de la nación estadounidense, fruto del proceso de independencia de la monarquía inglesa, brotó un modelo constitucional democrático iluminado por la reivindicación de derechos y libertades desde una concepción iusnaturalista teológica de tradición cristiana protestante.

Su lucha se estructuró y asentó en la superación de las arbitrariedades generadas por el poder de la corona inglesa. Los padres fundadores consideraban evidentes y anteriores a los gobiernos de los hombres los derechos y libertades, ya que estos privilegios son dotados por Dios a todos de forma inalienable de manera que la función del estado – hijo del consentimiento del pueblo– sea garantizar la seguridad, el disfrute de los derechos individuales y las libertades³⁷.

La tradición liberal reviste los fundamentos de un enfoque individualista en el desarrollo del periodo de formación constitucional aquí estudiado, donde autores clásicos del liberalismo como John Locke, Thomas Paine, Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville y John Stuart Mill revisten de importancia la libertad negativa, cuyo valor supremo se expresa en la constitución del derecho en una esfera de libertad inviolable por parte del poder estatal, lo cual es un postulado de limitación del poder.

³⁷ Ver JEFFERSON, Thomas; ADAMS, John; HANCOCK, John y Otros, *“En el Congreso, el 4 de julio de 1776. La declaración unánime de los trece Estados Unidos de América”*, Estados Unidos: Continental Congress Broadside Collection, 1776.

En este sentido, el Estado es un medio que garantiza la libertad negativa del individuo, y su legitimidad depende de la salvaguarda de la autonomía individual, frente a la tiranía de las mayorías.

La crisis que llevó al levantamiento revolucionario fue principalmente político-constitucional. Las colonias disputaron la autoridad con el poder británico, apelando a una noción de ley fundamental, principios del derecho consuetudinario inglés y las libertades dentro del contexto colonial.

De igual modo, echaron mano de los derechos y libertades otorgados por la Carta Magna, siguiendo la interpretación que Edward Coke le había dado respecto al catálogo de libertades del sujeto y la primacía del imperio de la ley superior (*Common Law*) frente al absolutismo de la casa Estuardo a principios del siglo XVII³⁸.

Otro aspecto importante por resaltar es el matiz que se le da a los derechos naturales en el curso de la reivindicación de los colonos, pues es recurrente la referencia al mismo derecho natural como justificante de su insatisfacción para apartarse de la comunidad que los castra, pudiendo así situarse en una sociedad

³⁸ “A principios del siglo trece, la Carta Magna había sido apoyada por una elite de barones ansiosos por preservar sus privilegios feudales. No protegió los derechos y libertades de todos los súbditos del rey y no fue efectivo límite de los poderes de la corona. Sin embargo, durante los siguientes cuatro siglos, frecuentes confirmaciones de los mismos reyes y parlamentos, reinterpretaciones por parte de los profesores en los tribunales de justicia y por los jueces y abogados en apelaciones en numerosos juicios, y las explotaciones políticas por parte de opositores de las prerrogativas de la corona vieron su sentido y su significado muy ampliado. A finales del siglo diecisiete hubo un amplio apoyo para Carta Magna, tanto en Inglaterra como en las colonias americanas, pero las apelaciones, ahora eran hechas con la Carta Magna que había sido interpretada y ampliada con el paso de los siglos y mediado en particular por Edward Coke y sus afines a principios del siglo diecisiete, no a la Carta Magna de 1215 o incluso a la de 1225. Se asumió ampliamente que la Carta Magna había garantizado que la justicia no se vendería, retrasaría, ni negaría a ningún sujeto, y que todas las personas acusadas deben conocer el cargo formulado contra ellos, deben ser llevado rápidamente ante sus acusadores y ser libres para presentar su defensa en un juicio abierto conducido, de acuerdo con la ley del lugar y ante un jurado de sus iguales, en las proximidades de donde se había producido la disputa. Además, se creía ampliamente que la Carta Magna era la ley fundamental diseñada para preservar la antigua constitución de Inglaterra y el derecho consuetudinario inmemorial, conducir todos los poderes, incluso la prerrogativa real, bajo el imperio de la ley y se niega al Parlamento el derecho a aprobar estatutos contrarios a las leyes fundamentales de este tipo.” (traducción propia) DICKINSON, Harry, “Magna Carta in the American Revolution in Magna Carta: History, Context and Influence, edited by Lawrence Goldman”, London: School of Advanced Study, University of London, 2018, pp. 79–80.

política soberana que no prive de derechos a su población. En este contexto es un derecho natural la potestad de abandonar una sociedad opresora y formar en su lugar, de acuerdo con los demás, una nueva sociedad política³⁹.

Hasta aquí podemos observar que las reivindicaciones de derechos en el período de independencia llevan consigo una orientación iusnaturalista de corte cristiana protestante que los padres fundadores, intelectuales y juristas consideraban como unos privilegios evidentes y anteriores que Dios otorga a todos con la garantía de que no se pueden enajenar por el hombre. Estos derechos individuales son recogidos por la Constitución como un pacto societario que resguarda frente a la tiranía y las mayorías.

2.2. Carta Magna

Durante la crisis de finales del siglo XVIII, las colonias, mediante epístolas al rey inglés, reclamaron con ahínco el reconocimiento de derechos individuales y libertades –incluidos los concedidos por la Carta Magna–, que los igualara con el resto de los súbditos, particularmente los insulares. En la carta de Virginia de 1606, reclamaron el derecho de los colonos a realizar actividades comerciales (franquicias) e inmunidades, así como todas las libertades que pudiera tener un inglés. Esta reivindicación también buscaba derechos sobre actividades mineras, marítimas, colonización de nuevos territorios y regulación de contravenciones por hurtos. Igualmente, se reclamaba que los emigrantes y su descendencia gozaran de esos derechos y libertades bajo el preferente derecho consuetudinario y prácticas jurídicas inglesas.⁴⁰

³⁹ “No se puede tampoco olvidar que algunos textos coloniales con influencia del Derecho Inglés, como los de Rhode Island y Connecticut, coexistieron con las declaraciones, mucho más racionalistas, producidas en el momento de la independencia, y se mantuvieron hasta el siglo XIX.”. PECES, Gregorio y otro, “Los Derechos del Hombre en 1789, reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, Anuario de Filosofía del Derecho VI, 1989, pp. 23-38.

⁴⁰ Ver: “The First Charter of Virginia; April 10, 1606, Hening’s Statutes of Virginia, I”, States United: Yale Law School - Lillian Goldman Law Library, 1606, pp. 57-66.

Un antecedente interesante de la influencia del derecho inglés en el derecho norteamericano es el de la asamblea legislativa de Maryland. Allí se reconoció, mediante la Ley de 1638, todos los derechos y libertades de la Carta Magna a los habitantes de esta provincia. Se citaba la Carta Magna en impugnaciones durante juicios, y en 1641 Massachusetts expidió un plexo de libertades y derechos individuales con el Capítulo 29 de la Carta Magna (versión de 1225), donde se destacaba el juicio por jurado, el debido proceso legal y la igualdad en el trato en términos de justicia. Asimismo, en el año de 1681, se redactó una carta para Pennsylvania y Delaware que reconocía a los habitantes de estas colonias un juicio justo y libre de detenciones injustas⁴¹.

En 1687 se dispuso la primera impresión en América de la versión de 1225 de la Carta Magna, y también de la confirmación de ésta en 1297. Asimismo, las colonias en su lucha prerrevolucionaria, en el contexto de la disputa constitucional con Inglaterra, tomaron como constante el reconocimiento de libertades y derechos individuales al igual que los británicos insulares. Richard Bland, en su texto *An Inquiry into the Rights of the British Colonies*, plantea que los derechos individuales y libertades ofrecidos por la Carta Magna habían sido poseídos por los ingleses desde los tiempos de los anglosajones, mucho antes de 1215, a través de cartas reales⁴².

Sin embargo, resulta difícil determinar los antecedentes normativos de los derechos y libertades de las colonias al estar contenidos en cartas de la corona que eran recientes, en particular la Carta de la Compañía ⁴³ de los colonos que arribaron inicialmente a América del Norte. Estas cartas situaban la posibilidad de un poder

⁴¹ DICKINSON, Harry, *"Magna Carta in the American Revolution in Magna Carta: History, Context and Influence, edited by Lawrence Goldman"*, Óp. cit., p.81.

⁴² *Ibidem*, pp. 81-82.

⁴³ *Estas cartas son anteriores a la gran Ley de Navegación y la primera de estas Cartas fue otorgada a Sir Walter Raleigh por la Reina Elizabeth, bajo el gran Sello, y fue confirmada por el Parlamento de Inglaterra en el año 1684. Ver: BLAND, Richard, "An Inquiry into the Rights of the British Colonies", Williamsburg- Virginia, 1776.*

legislativo y un gobierno civil, pero dependiente de la corona inglesa para el disfrute de todos sus bienes, comercio, libertad y privilegios (confirmación real del 1634).

Richard Bland en su investigación sobre los derechos de las colonias británicas de 1776, señaló que los hombres en un Estado de naturaleza son absolutamente libres e independientes entre sí, en cuanto su jurisdicción propia o soberana. Pero si se integran en sociedad, su consentimiento avala el sometimiento a las leyes expedidas por el órgano legislativo. No obstante el sometimiento a las leyes, las personas conservan gran parte de su libertad natural, como el derecho a retirarse de la sociedad buscando su felicidad, lo cual es una característica natural del ser humano. De igual modo, en virtud de la equidad la persona se somete a esas leyes porque su derecho natural lo habilita para participar, ya sea eligiendo o siendo elegido.

De igual modo, Bland refiere que el derecho natural permanece con cada hombre, por ello, ninguna autoridad civil puede privarlo injustamente de esa condición inherente a él. El ciudadano posee como derecho original la participación en la legislatura del estado y la posibilidad de excluirse de esa sociedad, si existen circunstancias particulares que le niegue el ejercicio de sus derechos. Por otro lado, si una persona permanece en dicha organización estatal ejerciendo los derechos de un ciudadano en todos los aspectos, éste se sujeta a esas leyes sobre la base de su consentimiento. Al adherirse a la sociedad y aceptar los beneficios de su Constitución⁴⁴, también, de manera explícita y directa, acepta en equidad su rol social y sumisión a las normas de esa colectividad. Sin embargo, la permanencia en esa sociedad no siempre demuestra que le gusta la constitución sino que es la ausencia de desventaja el indicador de que está contento de ser comprendido en esa sociedad⁴⁵.

⁴⁴ En este punto el autor se refiere a elegir y ser elegido.

⁴⁵ BLAND, Richard, "An Inquiry into the Rights of the British Colonies", Óp. cit.

La causa de las trece colonias fue resaltada por Thomas Paine a la vez que nutría el contexto con la Revolución francesa y el reinado de Jorge III. Básicamente, criticó la precariedad la representación del sistema parlamentario inglés, el reparto de la riqueza, la inexistencia de un sistema de bienestar social y la libertad formal, de ahí que su sentencia, “...*mi felicidad es la independencia, y contemplo las cosas como son, sin considerar el lugar ni la persona; mi patria es el mundo, y mi religión hacer el bien.*”⁴⁶, sea un estandarte de sus contemporáneos comunes por su lenguaje abierto y humanista.

Es considerado pionero en la introducción del sistema de redistribución y seguridad social⁴⁷, además de enfatizar la democratización del poder por medio de las reglas de representación fijadas en la constitución. Paine señala que el paso a la democracia es la sociedad dirigiéndose a una nueva etapa de autogobierno sin ayuda de medios secundarios, siendo así una alternativa a la monarquía hereditaria, un sistema de gobierno capaz de abarcar y reunir intereses diversos⁴⁸.

Por otro lado, el famoso jurista de origen británico, William Blackstone fue quien propuso una organización doctrinal del *Common Law* inglés, permitiendo así una visión amable del derecho por parte de profanos y neófitos, ya que consideró que toda persona debe por disposición íntima educarse en estos menesteres por su importancia pública. Blackstone en el primer volumen de su obra *Commentaries on the Laws of England* resaltó que las diversas formas de gobierno que en su tiempo se manifestaban son fuente de disputas. Sin embargo, su interés residió en la

⁴⁶ PAINE, Thomas, “*Los derechos del hombre*”, 3er ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 240.

⁴⁷ “*Es cierto que, si se atiende a los niños, los padres experimentan un alivio de importancia, porque de donde dimana su pobreza es de los gastos de criarlos. Una vez determinado el mayor número de los que se supone tienen necesidad de socorro, en relación con familias jóvenes, paso a ocuparme del modo de socorro o distribución... Adoptando este método, no sólo se aliviaría la pobreza de los padres, sino que se desterraría la ignorancia de la generación que surge y el número de pobres sería menor en lo sucesivo, porque las capacidades de los pobres, con ayuda de la educación, serían mayores. Más de un joven con buena disposición natural, aprendiz de un oficio mecánico, como carpintero, ebanista, constructor de molinos, de barcos, herrero, etc., se encuentra impedido de progresar en el curso de la vida por no haber tenido una pequeña.*” *Ibidem*, p. 191.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 148.

necesidad de la existencia de una autoridad suprema, irresistible, absoluta, sin controles, que se origina en los derechos de soberanía, cuyas cualidades deben ser la sabiduría, la bondad y el poder⁴⁹.

El enclave de las disputas en las trece colonias se basó en que la autoridad era mediada por la legislatura parlamentaria, y la carta magna era sólo una prerrogativa de los europeos insulares, de manera que algunos defensores de la soberanía parlamentaria como Burke, buscaban que las libertades de las colonias se relegaran a la dictadura del parlamento y no de las libertades y derechos de la Carta Magna. Al igual que Bland y en general todos los colonos, el jurista Blackstone consideró que las leyes inglesas, en las tierras de Norteamérica, están en vigor por ocuparlas súbditos ingleses, y dado que la ley es el derecho de nacimiento de todos los súbditos, a cualquier lado donde se vaya, se porta consigo mismo dichas leyes⁵⁰. Es más, consideró que quitarle la vida a una persona o incautar la propiedad violentamente, sin la existencia de acusación y juicio, o inclusive, hacerlo de forma secreta para que el público lo ignore, es claramente despotismo. La nación estaría en peligro de convertirse en una tiranía⁵¹.

Fruto del ataque de 1773 de algunos colonos a los buques mercantiles británicos de importación de té, el parlamento británico castigó a la colonia de Massachusetts con la aprobación de leyes intolerables. Dichas disposiciones habilitaban a la administración de Justicia británica para procesar a distancia cualquier acusado de atacar la propiedad de comerciantes británicos. Por ello muchos colonos, como el emblemático Thomas Jefferson, protestaron apoyándose en la Carta Magna y el derecho consuetudinario. En el Primer congreso continental de 1774 en Filadelfia, se aprobaron resoluciones que honraban la posición por derecho de nacimiento de acceder a todos los derechos y libertades de los ingleses en virtud del *Common Law*

⁴⁹BLACKSTONE, William, "*Commentaries on the Laws of England 1765*", 1 ed, Vol. I, United Kingdom: Oxford University Press, 2016, p. 39.

⁵⁰ Ibidem, pp. 75, 327.

⁵¹ Ibidem, p. 92.

y de la constitución británica que, entre muchos aspectos, buscó proscribir decisiones judiciales extraterritoriales y sin jurados, así como impuestos sin representación de las legislaturas coloniales⁵².

En la convención de 1775, en Filadelfia, James Wilson formuló que la resistencia armada de los colonos es lo mismo que los barones habían usado para alcanzar los privilegios de la Carta Magna en 1215; por lo tanto, el derecho de resistencia se fundaba tanto en la letra como en el espíritu de la constitución británica. También, en el segundo Congreso Continental de 1776, celebrado en Filadelfia, el mismo Wilson expresó que la legitimidad de tomar las armas contra el rey Jorge III, no fue óbice para que los barones ingleses resistieran a la tiranía real y exigieran las concesiones de la Carta Magna. Cuando ganaron su independencia y crearon sus constituciones provinciales, se pensó que estas normas fundamentales no podrían ser modificadas o revocadas tan fácilmente por una legislatura. En su lugar, se pensó en una soberanía popular⁵³.

La Declaración de Derechos de Virginia de 1776, introdujo derechos importantes como que las personas acusadas debían recibir juicio ante un jurado imparcial en la localidad donde ocurrió el delito; la prohibición de ser privado de su libertad injustamente, la prohibición de multas excesivas y la prohibición de castigos crueles, entre otros. Sin embargo, con la Constitución de Filadelfia de 1787⁵⁴ se pensó que

⁵² Ver DICKINSON, Harry, *"Magna Carta in the American Revolution in Magna Carta: History, Context and Influence, edited by Lawrence Goldman"*, Óp. cit., p.89.

⁵³ Thomas Paine defendió los derechos naturales de los colonos y los derechos de la Carta Magna, asintió el suceso de 1215, donde se demostró como un rey podía ser forzado a renunciar a la tiranía. Charles Carroll también hizo hincapié en que la Carta Magna tenía fuerza vinculante, por su parte John Adams empleó los eventos 1215, como antecedente para argumentar que, ganaron los ingleses por resistencia al rey Juan, cuando la Magna Carta fue obtenida. De igual modo, la Carta de unos ministros presbiterianos de Pensilvania insinuó a los feligreses de Carolina del Norte que, hacerse con el dinero de cualquier hombre, sin su consentimiento, es injusto y contrario a la razón y La ley de Dios, también es contrario a la Magna Carta, por lo tanto, resistir a tal poder sin ley, es justo y razonable, y no hay rebelión. *Ibidem*, pp. 93-95.

⁵⁴ Inicialmente la constitución no tuvo parte dogmática, sino solamente orgánica, posteriormente, en 1789 se hace la incorporación de las diez enmiendas, estas enmiendas están construidas sobre la base de presupuestos de libertad y los límites, de manera que se incorpora la tesis del *"Higher law"*, un presupuesto aportado por el derecho natural de corte racionalista, con el cuales buscan limitar el poder político y se incorpora un contenido material ético emanado del pueblo, que da lugar a la condición de validez de las normas del mandatario legislativo.

los derechos y libertades inspirados en la Carta Magna inglesa entregada por un rey no era comparable con la República de los Estados Unidos, ya que el pueblo democráticamente había constituido sus propios derechos⁵⁵. En el Federalista N° 84, Alexander Hamilton mencionó que, no era menester emular a los ingleses para asegurar una carta de derechos al estilo inglés, pues el origen de la constitución norteamericana reside en el poder del pueblo⁵⁶.

De acuerdo con la narración de Thomas Paine, los Estados Unidos de Norteamérica se formaron a partir de trece estados separados, donde cada uno de ellos estableció un gobierno propio partiendo de la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776. El poder del constituyente, “*el pueblo*”, entra a formar el gobierno federal que actúa sobre la totalidad en todas las materias que conciernen al interés del conjunto y que los representa ante las diferentes naciones extranjeras. Sin embargo, el poder derivado esta limitado por la Constitución⁵⁷.

Hasta aquí, podemos señalar que el proceso de independencia de los Estados Unidos significó el abrigo de las ideas liberales cuya influencia extendida en el mundo simbolizó la homogeneización e incorporación de constituciones escritas de corte rígido⁵⁸, las cuales poseen procedimientos de reforma difíciles que, además, limitan el poder político para proteger los derechos individuales. La preocupación de

⁵⁵ Ibidem, p. 96

⁵⁶ HAMILTON, Alexander y otros, “*El federalista*”, N° 84, Madrid: Ediciones Akal, S. A., 2015, p. 602

⁵⁷ “*Aquí vemos un proceso regular —un gobierno que surge de una Constitución formada por el pueblo en su carácter original; y aquella que sirve no sólo de autoridad, sino de ley de control para el gobierno—. Era la Biblia política del Estado. Apenas había familia que no la poseyera. Cada miembro del gobierno tenía un ejemplar, y nada era más corriente cuando se suscitaba un debate respecto al principio de una proposición de ley o sobre la extensión de cualquier autoridad, que los miembros del gobierno sacaran de su bolsillo la Constitución impresa y leyeran el capítulo que tenía relación con la materia que se debatía.*”. PAINE, Thomas, “*Los derechos del hombre*”, Óp. cit., p. 154.

⁵⁸ “*A partir de todo esto, es posible proponer una reinterpretación de la clasificación de BRYCE que la haga trimembre y que distinga tres tipos de sistemas constitucionales: sistemas con una Constitución flexible, que no incorporan la forma constitucional y admiten la forma legal ordinaria como medio (forma de acción) para cambiar la Constitución; sistemas con una Constitución rígida, que incorporan la forma constitucional y hacen posible el cambio de la Constitución formal (la rigidez es una cuestión de grado, el cambio resultará más o menos probable en función de cuan exigentes sean las formas de acción previstas); y, finalmente, sistemas con una Constitución absolutamente rígida o inmodificable (en todo o en parte), que incorporan la forma constitucional y no prevén ninguna forma de acción para la modificación (en todo o en parte) de la Constitución formal.*” AGUILO, Josep, “*la constitución del Estado constitucional*”, Bogotá: Editorial Temis, 2004, p.129

los constitucionalistas de la época radicó en la concentración de poder por parte del legislativo⁵⁹. Aquí la Constitución cumple la función de equilibrar y limitar los poderes, ya que el poder constituyente o el pueblo son los soberanos⁶⁰.

3. El proceso formación de la constitución de 1787

Esta sección se encargará de explicitar el proceso y elementos que contribuyeron a la formación de la Constitución de 1787, así como de presentar los instrumentos constitucionales que permiten el desarrollo equilibrado de los poderes de la democracia constitucional del contexto norteamericano. Asimismo, la contextualización y ampliación de este aparte se hará a través de autores temporal y espacialmente cercanos a los acontecimientos de la formación constitucional.

3.1. Proceso y elementos de la formación de la Constitución estadounidense de 1787

Los estadounidenses independentistas honraron la soberanía popular, la igualdad ante la ley, la separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la libertad de reunión, la libertad de expresión, entre otros aspectos, bajo un acento

⁵⁹ *“La misma regla que enseña lo acertado que resulta establecer una partición entre las diversas ramas del poder, también nos enseña que esta partición debería estar diseñada para hacer que cada uno sea independiente de los demás. ¿De qué serviría separar el poder ejecutivo o judicial del poder legislativo, si tanto el ejecutivo como el judicial están estructurados de tal modo que practican una sumisión total al legislativo? Esta separación sería meramente nominal e incapaz de producir los fines para los que se estableció. No es lo mismo estar subordinado a las leyes que depender del cuerpo legislativo. Lo primero concuerda con los principios fundamentales de buen gobierno, mientras que lo último viola estos principios y unifica todo el poder en unas mismas manos, sean cuales sean las formas establecidas por la Constitución.”* HAMILTON, Alexander y otros, *“El federalista”*, N° 71, Óp. cit., p. 514.

⁶⁰ *“Pero eso no es todo. Es evidente que, para Madison, y también para Hamilton, el poder más temible para la constitución republicana es el poder legislativo, porque reúne las prerrogativas más relevantes: la de hacer la ley y la de imponer los tributos. Esa constitución debe enfrentarse por ello con la «tendencia del legislativo a absorber los otros dos poderes», el ejecutivo y el judicial, y propugnar e imponer «la subordinación a las leyes», pero no «la dependencia absoluta a la autoridad legislativa»: especialmente cuando los representantes del pueblo «parecen creerse que son el mismo pueblo» y ya no uno de los poderes constituidos, que deriva como los otros del poder constituyente del pueblo soberano y, por ello, sólo legitimado y autorizado en ciertos casos.”* FIORAVANTI, Mauricio, *“Constitución. De la Antigüedad a nuestros Días”*, 1 ed, Madrid: Editorial Trotta S.A, 2001, p. 108.

Madisoniano, cuya peculiaridad medular está en que se refuerza las Instituciones de representación política, sobre la base de un régimen republicano, donde la democracia y la constitución no son categorías antípodas y excluyentes, debido a que ambas se acogen a la voluntad popular por medio del voto⁶¹.

En este novedoso sistema, el poder judicial tiene la tarea de declarar nula una ley contraria a la Constitución, lo cual no se traduce en una superioridad sobre el legislativo sino que como instrumento constitucional opera con el fin de garantizar la superioridad de la Constitución sobre las leyes ordinarias del poder derivado del legislador⁶², de las asambleas políticas o de la mayoría de turno⁶³. Paine expresaba que una constitución no es algo que exista sólo de nombre sino de hecho; es decir, que ontológicamente no es ideal, sino factual, eso la hace real y da también su presupuesto de existencia⁶⁴.

Los principios referidos anteriormente se condensaron en la Constitución de Filadelfia de 1787 en términos de una organización democrática presidencialista. Su forma de organización territorial fue el federalismo, como una agrupación de estados con un nivel ecléctico de autonomía y soberanía, el cual tiene dos grados de gobierno: de una parte, el gobierno del nivel nacional y de otra parte está el gobierno del nivel local que opera solo en su jurisdicción.

⁶¹ PAINE, Thomas, "Los derechos del hombre", Óp. cit., p. 152.

⁶² "Una Constitución es algo que antecede a un gobierno, y el gobierno no es sino la criatura de la Constitución. La Constitución de un país no es obra de su gobierno, sino del pueblo al constituir un gobierno. Es un cuerpo de elementos al cual uno puede referirse, que se puede citar artículo por artículo y que contiene los principios sobre los cuales debe establecerse el gobierno, la manera como debe organizarse, los poderes que debe tener, la forma de hacer las elecciones, la duración de sus parlamentos, o cualquier otro nombre que queramos dar a tales cuerpos legisladores; el alcance de los poderes que deba tener la parte ejecutiva del gobierno y, por último, todo lo que se relacione con la organización completa de un gobierno civil, los principios basándose en los cuales debe actuar y por los cuales debe estar obligado. Así, pues, una Constitución es al gobierno lo que las leyes hechas posteriormente por ese gobierno son a los tribunales encargados de aplicarlas. Éstos no hacen las leyes ni pueden alterarlas; sólo actúan de conformidad con las leyes y del mismo modo el gobierno debe gobernarse por la Constitución." Ibidem, pp. 63-64.

⁶³ FIORAVANTI, Mauricio, "Constitución. De la Antigüedad a nuestros Días", Óp. cit., p. 109.

⁶⁴ PAINE, Thomas, "Los derechos del hombre", Óp. cit., p. 63.

Respecto al contexto Internacional, la respuesta se produjo en bloque; es decir, los acuerdos internos facilitaron el ejercicio de organizaciones a través de herramientas como la coordinación de competencias. Se generaron así cuerpos con múltiples tareas sin faltar al principio de indivisibilidad de la nación que sin duda alguna es el centro de gravedad en un contexto sociocultural que respondía al objetivo de atender menesteres comunes donde las colonias coexistiesen en armonía y con una no despreciable autonomía. Su unidad constituyó una garantía de independencia lo suficientemente poderosa para repeler a los ingleses.

En el campo judicial cabe resaltar que sobre la base de una supremacía constitucional los tribunales introdujeron la figura de inaplicación por inconstitucionalidad, donde por medio del control constitucional se compulsa la norma aplicable al caso con la Constitución, dándole aplicación directa a ésta o inaplicado la norma de menor rango⁶⁵.

Fioravanti señala que, en definitiva, el control de constitucionalidad es esencial e indispensable, no sólo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías, sino que, tal y como señaló Hamilton⁶⁶, deben impedirse los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas (tradicionalmente el más fuerte). Debe impedírseles que aspiren a cubrir y representar todo el espacio de la Constitución identificándose con su

⁶⁵ JARAMILLO, Juan; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo, *“El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno”*, 1 ed, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018, p. 295.

⁶⁶ *“El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos legislativos contrarios a la Constitución ha causado cierta perplejidad entre los que imaginaron que esta doctrina implicaría una superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sostienen que la autoridad que puede declarar nulos los actos de otro será necesariamente superior a la que legisla los actos declarados como nulos. Ya que esta es una doctrina fundamental en todas las constituciones americanas, no estará fuera de lugar presentar una breve discusión de las bases sobre las que descansa. La idea de que será nulo cualquier acto, por parte de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato que se le ha otorgado, se sustenta en principios clarísimos. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede tener validez alguna. Negar esto sería como afirmar que es más importante el agente que su principal, que el siervo está por encima de su señor, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, y que personas que actúan en virtud de ciertos poderes pueden hacer lo que sus poderes no autorizan, e incluso lo que prohíben.”* HAMILTON, Alexander y otros, *“El federalista”*, N° 78, Op. cit., p. 550.

fundamento originario. Por ello, el poder judicial y sus actores e instrumentos representan un control y deben recordarles continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy importante, pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano mediante la Constitución⁶⁷ (democracia constitucional).

También, en el *Federalista* n° 78, Hamilton expresó que no se puede conjeturar la posibilidad de que en la Constitución se pase por alto que los representantes del pueblo ejerzan su voluntad por encima de ellos. Los tribunales se pensaron como un contrapeso que intermediara entre el pueblo y las asambleas legislativas para evitar la superlatividad del legislativo. En efecto, la experiencia del caso inglés evidenciaba una concentración del poder en el parlamento y esto debía evitarse. Por otro lado, la interpretación de la Constitución inherente a los tribunales es siempre prevalente frente las leyes ordinarias; es decir, refleja la superioridad de la intención del pueblo sobre la intención de sus agentes, lo cual no significa que exista una preponderancia del poder judicial sobre el legislativo, sólo se honra la superioridad del pueblo a través de su Constitución.

Así las cosas, la ley que se oponga a la Constitución los tribunales deben inaplicarla o proscribirla, dado que se sitúa por encima de los intereses constitucionales a partir de las pretensiones del poder legislativo. De ese modo, si los tribunales de justicia están considerados como muros de contención que protegen la Constitución ante los excesos legislativos, se ofrece una consideración de argumento muy claro a favor de puestos judiciales fijos, pues, de acuerdo con Hamilton, no hay ninguna

⁶⁷ “Si ahora miramos la experiencia constitucional americana en su conjunto, nos damos cuenta de que está sustancialmente dirigida a conciliar la tradición del constitucionalismo con la novedad de la soberanía popular. La primera no podía, en efecto, reproducirse sola. La fase más reciente de la historia constitucional inglesa mostraba con absoluta claridad que sin una constitución escrita —sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo soberano que indicase prescriptivamente de manera segura los límites y los ámbitos de cada poder— el constitucionalismo estaba destinado a traducirse en una mera búsqueda de equilibrios dentro de un parlamento ahora ya abiertamente declarado soberano por los mismos ingleses. En pocas palabras, el constitucionalismo sin democracia producía absolutismo parlamentario.” FIORAVANTI, Mauricio, “Constitución. De la Antigüedad a nuestros Días”, Óp. cit., p. 109.

otra cosa que contribuya tanto a la independencia de los jueces como este presupuesto de permanencia. La independencia judicial es una garantía para la guarda de la Constitución y los derechos individuales, dado que en una organización republicana no es indiferente al derecho del pueblo o constituyente primario de modificar o derogar la Constitución vigente que sea antípoda a su bienestar⁶⁸.

Visto lo anterior, es patente que los representantes del pueblo o constituyente secundario no tienen asidero que justifique adulterar la constitución; de igual modo que una tendencia de instante donde la mayoría de sus electores tomen distancia a la Constitución es improcedente por no tener la calidad de acto constituyente. Aquí, reside la necesidad de ser un reducto judicial para guardar fielmente la Constitución, en el momento en que el poder legislativo se extralimite⁶⁹.

Finalmente, podemos señalar en este corto recorrido que la formación constitucional estuvo pensada a través de principios, principalmente orientados por el pensamiento Madisoniano, donde en el marco republicano la soberanía popular, la igualdad ante la ley, la separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la libertad de reunión y la libertad de expresión constituían los pilares de una democracia constitucional. El sistema de equilibrio de poderes a través del control de constitucionalidad de las leyes incompatibles con la Constitución resultó ser una forma de garantía de superlatividad de la Constitución, así como una forma de mantener el balance de los poderes públicos, pues la mayor preocupación de los constitucionalistas norteamericanos se halló en la posibilidad de que los representantes en las esferas públicas adulteraran el proyecto de sociedad condensado en la Constitución.

⁶⁸ HAMILTON, Alexander y otros, "*El federalista*", N° 78, Óp. cit., pp. 552-554

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 553-554

3.2. La lectura de Alexis de Tocqueville

Alexis de Tocqueville en su obra *La Democracia en América*, resaltó que la Constitución de los Estados Unidos planteó una teoría de la ciencia política totalmente diferente a la de sus predecesoras. Allí, los pueblos que pactaron lo hacían con un fin común y consentían en someterse a los mandatos de un gobierno federal, así como que se les dictara leyes y que el gobierno federal las ejecutara⁷⁰. La diversidad en sus análisis incluyó aportes de filosofía, historia del derecho, sociología, antropología y ciencia política, lo cual implicó tener una visión de las instituciones americanas a través de la forma de su *ethos* y la vida democrática de las personas⁷¹.

El autor realizó un recorrido importante por la operatividad de los poderes estatales americanos de mediados del siglo XIX. Particularmente, nos interesa la descripción de la estructura de los tribunales y los fundamentos del poder judicial desde la óptica de la Constitución federal, la cual separa el poder judicial de los otros dos poderes y le da independencia, declarando su estipendio fijo y sus funciones irrevocables⁷².

También, Tocqueville resaltó que, la constitución se encuentra por encima del poder legislativo⁷³ y sobre los simples ciudadanos, de manera que es “...*la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la constitución, preferentemente a todas las leyes. Esto deriva de la esencia misma del poder judicial: escoger entre las disposiciones legales aquellas*

⁷⁰ TOCQUEVILLE, Alexis, “*De la démocratie en Amérique 1835-1840*”, 1 ed electr: Editorial Titivillus Epub, 2015, pp. 215-216.

⁷¹ JARAMILLO, Juan; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo, “*El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*”, Óp. cit., p. 767.

⁷² TOCQUEVILLE, Alexis, “*De la démocratie en Amérique 1835-1840*”, Óp. cit., p. 214.

⁷³ “*En Norteamérica, donde la nación puede siempre reducir a los magistrados a la obediencia, al cambiar su constitución, semejante peligro no es de temer. Sobre este punto, la política y la lógica están de acuerdo, y tanto el pueblo como el juez conservan igualmente sus privilegios. Cuando se invoca ante los tribunales de los Estados Unidos una ley que el juez estime contraria a la constitución, puede rehusarse a aplicarla. Ése es el único poder privativo del magistrado norteamericano y una gran influencia política dimanada de él.*”. Ibidem, p.141.

*que lo atan más estrechamente es, en cierto modo, el derecho natural del magistrado.*⁷⁴.

Otro aspecto que resaltar en la obra de Tocqueville es el presupuesto de la igualdad como causa de la libertad⁷⁵. Él expresó que la complacencia y la idea misma de la libertad no se da por sí sola, sino hasta que las condiciones y el contexto aspiran a la necesidad de igualarse (libertades políticas), y como consecuencia de esta igualdad misma⁷⁶.

Por otro lado, la centralización de la vida social entorno al estado destruye los monopolios locales de la aristocracia, puesto que el estado resalta frente a éstos. Es así que la centralización no se desarrolla solamente en un pueblo democrático como progresos de la igualdad, es decir, siendo un tutor, sino también según la manera en cómo se funda esta igualdad⁷⁷. Por otro lado, el valor agregado de la democracia es que la gente se ocupe de la cosa pública, a pesar de que no sea tan eficiente como lo pretende ser el despotismo ilustrado.

A pesar de que Tocqueville reconoce que el origen de los poderes proviene del pueblo –como mayoría– le preocupa la tiranía de las mayorías. Se pregunta ¿Cómo hay que entender el principio de la soberanía del pueblo? A lo que responde, presentado a la nación como un jurado encargado de representar a la sociedad universal y, por ello, aplicar la justicia, que es su ley. Ante una ley injusta, no se

⁷⁴ Ibidem, pp. 140-141.

⁷⁵ Ibidem, p. 760.

⁷⁶ *“Imaginemos un punto extremo en que la libertad y la igualdad se toquen y se confundan: yo supongo que todos los ciudadanos concurren allí al gobierno, y que cada uno tenga para ello igual derecho. No difiriendo entonces ninguno de sus semejantes, nadie podrá ejercer un poder tiránico, pues, en este caso, los hombres serán perfectamente libres, porque serán del todo iguales, y perfectamente iguales porque serán del todo libres, siendo este el objeto ideal hacia el cual propenden siempre los pueblos democráticos. He aquí la forma más completa que puede tener la igualdad sobre la tierra; pero hay otras muchas que, sin ser tan perfectas, no son menos apetecidas por los pueblos.”* Ibidem, p. 760.

⁷⁷ Ibidem, pp. 1023-1024.

niega necesariamente la mayoría, sino que se apela a la soberanía del género humano frente a la soberanía del pueblo⁷⁸.

Por último, su extenso trabajo sobre la democracia constitucional norteamericana representó una lectura contrastada con la disputa en Europa por proscribir el antiguo régimen de monarquías e instaurar una revolución de facto. Su lectura aguda y comparada permitió avizorar las virtudes y peligros de los regímenes en Norteamérica y Europa, así como identificar una ingeniería constitucional que ponía a prueba teorías y antiguos antecedentes clásicos. Particularmente en las colonias se vivió una ilustración de forma diferente, dado que los principios racionalistas permearon la sociedad, pero no adulteraron la fuerte influencia teológica en todos los ámbitos de esa naciente nación. Los primeros colonos en arribar a Norteamérica, de acuerdo con nuestro autor, transmitieron en general un deseo de escapar de una fuerte represión religiosa que coartaba la libertad y la igualdad.

4. Control de constitucionalidad

Aquí presentaremos algunos modelos constitucionales en el trasegar histórico del periodo de independencia al inicio del periodo republicano, pero muy enfatizado en el control de constitucionalidad. También se abordará el origen y las razones para la creación de control de constitucionalidad, así como la composición de los argumentos que justificaron su aplicación por parte de los tribunales de Estados Unidos. Igualmente, se explicará la forma de aplicación a partir del trasegar histórico de esta figura en el proceso de formación de la república estadounidense.

⁷⁸ “Considero como impía y detestable la máxima de que, en materia de gobierno, la mayoría de un pueblo tiene el derecho a hacerlo todo y, sin embargo, sitúo en la voluntad de la mayoría el origen de todos los poderes. ¿Estoy en contradicción conmigo mismo? Existe una ley general que ha sido hecha o por lo menos adoptada, no solamente por la mayoría de tal o cual pueblo, sino por la mayoría de todos los hombres. Esa ley, es la justicia. La justicia forma, pues, el lindero del derecho de cada pueblo.”. Ibidem, pp. 401-402.

4.1 El control de constitucionalidad y los modelos de Constitución

El control de constitucionalidad se introdujo mediante la interpretación que hace el poder judicial de las leyes estadounidenses. Es importante esclarecer que en el texto constitucional de Filadelfia no se introdujo explícitamente esta herramienta de garantía de supremacía constitucional. En su comienzo los Estados Unidos tienden a la tolerancia y el “Higher law” o derecho superior es un derecho natural originado en la fragua de la voluntad popular, cuyo estandarte se ve representado en que ni la monarquía o el parlamento serán mayores a la Constitución. En su caso como república, el poder legislativo está limitado por la Constitución, un derecho superior, que subordina a la “law”.

Con relación a este aspecto Fioravanti expresa que sólo desde la óptica individualista y contractualista de las libertades políticas se puede tolerar que un poder constituyente autónomo anteponga y fije las condiciones de los poderes derivados o estatales constituidos, lo cual parte de un “*pactum subiectionis*” con el que los individuos se someten a una autoridad común existente, como acto posterior y distinto del “*pactum societatis*” con el cual nace la sociedad civil de los individuos, el cual se traduce en el conjunto de individuos políticamente activos, es decir, el pueblo que decide y funda de forma autónoma a través del vehículo de una constitución⁷⁹.

Esta es una fuerte teoría de la vinculación, donde la ley se somete a la Constitución y el juez está más fuertemente vinculado a la Constitución que a la ley. Este fenómeno es muy evidente con posterioridad a las constituciones prefederales entre 1776 y 1787⁸⁰. En este periodo la producción de documentos constitucionales fue

⁷⁹ FIORAVANTI, Mauricio, “Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones”, 3 ed, Madrid: Editorial Trotta S.A, 2000, p. 42.

⁸⁰ “Al margen del órgano redactor y la ratificación popular, y dada la filosofía común imperante en aquel momento entre los revolucionarios americanos y el hecho de que la mayor parte de los redactores estaban en continúa comunicación entre ellos a través de la asistencia a las sesiones del Congreso Continental, la mayoría de las constituciones estatales muestran entre sí características muy semejantes. En primer lugar, todas tienen un

prolífico, con una decena de cartas constitutivas y numerosos documentos con expresiones políticas que decían adiós al régimen inglés. Fioravanti cita que Locke manifestaba que el “...*derecho de resistencia del pueblo, en el caso de tiranía y de disolución del gobierno, se concibe como un instrumento de restauración de la legalidad violada y no como un instrumento de proyección de un nuevo y mejor orden político. Incluso el pueblo que se rebela no es sino una fuerza de la historia que reconduce a los gobernantes a la órbita necesaria del gobierno moderado y equilibrado.*”⁸¹

Los patriotas revolucionarios usaron varios modelos de creación de Constituciones, a saber: i) Constituciones Asambleas Preestablecidas, promulgadas por asambleas de origen colonial. Aquí hay ausencia de la voluntad popular para su proyección y no son ratificadas por el constituyente primario⁸². ii) Constituciones de Asambleas Legislativas. Estas constituciones son promulgadas por asambleas legislativas, bajo la autorización del pueblo, pero sin ratificación postrera del mismo⁸³. iii) Constituciones de Asamblea Legislativa Formal. En este escenario, las constituciones son adoptadas por asambleas legislativas autorizadas por el pueblo, pero se presentan, luego, para un reconocimiento informal para su reconocimiento informal⁸⁴. iv) Constitución por Convención Constitucional. Esta Constitución se forma por una convención constitucional elegida únicamente para la creación de la carta política, la cual posteriormente debe ser presentada al pueblo para su

claro carácter republicano en el que todos los cargos oficiales eran electivos y –con excepción de algunas funciones judiciales– temporales. Casi todas proclaman un estado formado por tres poderes patentemente separados, basado en el modelo de Montesquieu (que era, en realidad, el modelo británico, pero radicalizado); se originó en Georgia...”. GRAU, Luis, “El Constitucionalismo Americano”, Madrid: Editorial Dykinson-Universidad Carlos III, 2011. p. 41.

⁸¹ Ibidem, p. 34.

⁸² “...*tal fue el caso de South Carolina (de 1776), Virginia y New Jersey, las tres anteriores a la Declaración de Independencia ...*”. Ibidem, p. 41.

⁸³ “...*caso fue el de las constituciones de New Hampshire, Delaware, New York y Georgia*”. Ibidem, p. 41.

⁸⁴ “...*tales como las de Maryland, Pennsylvania, North Carolina y South Carolina (de 1778), y la propuesta a Massachusetts en 1778*”. Ibidem, p. 41.

ratificación y para su redacción, y posteriormente también presentada al pueblo para su ratificación⁸⁵.

Teniendo en cuenta que a través de las reuniones del Congreso Continental existía una comunicación estrecha entre los revolucionarios de todas las colonias, las Constituciones pre-federación lograron características comunes como: i) una tendencia republicana en la forma de provisión de las potestades y cargos, ii) el modelo de separación de poderes⁸⁶ al estilo de Montesquieu⁸⁷ (sólo las dos

⁸⁵ “... único ejemplo en el mencionado periodo es la de Massachusetts de 1780, a la que New Hampshire imitó en 1783 y, a partir de entonces, ha sido la práctica común en la mayoría de los estados.”. Ibidem. p. 41.

⁸⁶ Para Grau en realidad el modelo de Montesquieu es un modelo británico, pero radicalizado, Ibidem, p. 41. “Por eso es posible encontrar ciertas similitudes entre la estructura gubernamental británica y las nuevas constituciones americanas. Son claros ejemplos de estas similitudes los tres poderes (a pesar del giro que Montesquieu les imprimiera) o la formación de un gobierno moderado en el que los tres poderes se controlan unos a otros mediante los denominados checks and balances (normalmente traducido como “pesos y contrapesos”, y literalmente “frenos y amortiguadores” pues la figura está tomada de los mecanismos de un carro para que no vuelque). Pero los colonos entienden que “sin una constitución escrita –sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo soberano que indicase prescriptivamente de manera segura los límites y los ámbitos de cada poder– el constitucionalismo estaba destinado a traducirse en una mera búsqueda de equilibrios dentro de un parlamento ahora ya abiertamente declarado soberano por los mismo ingleses”. Ibidem, p. 42.

Esta tesis también es apoyada por Fioravanti: “En efecto, en la cultura revolucionaria francesa de los derechos y libertades, historicismo e individualismo son absolutamente incompatibles e irreconciliables. La revolución — como ya sabemos— no puede fundar los derechos y las libertades en la historia, porque haciéndolo así se encuentra con la realidad del antiguo régimen, es decir, con el orden estamental del derecho, con el mundo de los privilegios, que intenta derribar precisamente en nombre del nuevo orden individualista fundado sobre el sujeto único de derecho. En este sentido, toda la revolución francesa se define en oposición con el antiguo régimen; y precisamente esta necesidad de ruptura hace imposible toda doctrina historicista de los derechos y las libertades. La revolución americana no advirtió esta necesidad porque, sencillamente, no tenía ningún «antiguo régimen» que derribar. Ciertamente, también esta revolución tenía que provocar su propia ruptura, que en este caso consistía en la separación definitiva de la madre patria, en la proclamación de la independencia; pero se trataba de algo bien distinto, que no implicaba en absoluto la necesidad de definirse en oposición respecto al pasado, como sucedía en el caso de la revolución francesa.”. FIORAVANTI, Mauricio, “Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones”, Óp. cit., p. 78.

“Si ahora miramos la experiencia constitucional americana en su conjunto, nos damos cuenta de que está sustancialmente dirigida a conciliar la tradición del constitucionalismo con la novedad de la soberanía popular. La primera no podía, en efecto, reproducirse sola. La fase más reciente de la historia constitucional inglesa mostraba con absoluta claridad que sin una constitución escrita -sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo soberano que indicase prescriptivamente de manera segura los límites y los ámbitos de cada poder- el constitucionalismo estaba destinado a traducirse en una mera búsqueda de equilibrios dentro de un parlamento ahora ya abiertamente declarado soberano por los mismos ingleses. En pocas palabras, el constitucionalismo sin democracia producía absolutismo parlamentario.” FIORAVANTI, Mauricio, “Constitución. De la Antigüedad a nuestros Días”, Óp. cit., p.109.

⁸⁷ “Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil ...No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.” GARCÍA, Siro. “Traducción, El espíritu de las leyes por Montesquieu”, Tomo I, Madrid: librería general de victoriano Suárez, 1906. pp. 227-228.

Constituciones de New Hampshire y South Carolina ignoraron la separación de poderes). Las constituciones de New Jersey y Delaware combinaban al igual que, en el periodo colonial, el *Council* (Consejo) en funciones legislativas y ejecutivas⁸⁸.

iii) El poder judicial es escuetamente abordado, como un cargo oficial y nada más.

iv) Es apreciable en casi todas las Constituciones un catálogo de derechos individuales como una declaración separada o como parte integral de la constitución, cuyo objetivo es ser un límite al poder político.

v) Finalmente, la mayoría contemplaban la figura del *impeachment* o recusación del presidente y de sus otros ministros como una de las potestades del órgano legislativo⁸⁹.

4.2 Judicial review

El control de constitucionalidad o *judicial review* tiene su origen en la famosa sentencia o fallo *Marbury* contra *Madison* de 1803. Este control difuso estadounidense trata de la inaplicación, mas no la anulación en el caso estudiado, de la ley inconstitucional cuya vigencia pervive incluso después del reconocimiento de su inconstitucionalidad⁹⁰.

El contexto del primer antecedente de control constitucional (fallo *Marbury vs. Madison*) se manifiesta en una serie de escaramuzas en el campo político entre federalistas y antifederalistas. Los federalistas representados principalmente por George Washington y Alexander Hamilton, así como “...por propietarios de grandes manufacturas, por comerciantes, por banqueros y por dueños de considerables extensiones de tierra y plantaciones con esclavos, cuyo interés versaba en un

⁸⁸ “Con la excepción de Pennsylvania y Georgia, todas crean un poder legislativo mixto –con dos cámaras– para evitar caer en lo que consideraban la tiranía de la democracia, es decir, que las mayorías subyugasen a las minorías. Las constituciones con separación de poderes definen un poder ejecutivo encabezado por una figura unipersonal, denominado bien Gobernador o presidente, que estaba asistido por un Council ejecutivo. Como ocurriría más tarde en la Constitución federal de 1787.”. GRAU, Luis, “El Constitucionalismo Americano”, Op. cit., p. 42.

⁸⁹ Ibidem, p.42.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, “La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político”, Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2014, p. 69.

gobierno fuerte que garantizara la pacificación de la sociedad, la imposición de una política económica unificada y la protección de la propiedad y de los contratos."⁹¹

Con respecto a los antifederalistas, éstos estuvieron representados, entre otros, por Thomas Jefferson y por James Madison. Sus intereses se direccionaban hacia la limitación de las prerrogativas del gobierno, junto con la protección y defensa de las clases medias; es decir, los artesanos, los pequeños comerciantes urbanos, los dueños de parcelas no muy extensas⁹².

Pero el detonador de las tensiones se producirá durante la victoria en las elecciones presidenciales de Thomas Jefferson en el año de 1800, con la cual se sustituye el gobierno federalista de diez años de Washington y Adams. Los federalistas, para conservar algo de poder frente a su derrota en las elecciones presidenciales y a su minoritaria presencia en el Congreso, buscaron ocupar la judicatura mediante la maniobra de los *midnight judges*, que consistió en llevar a cabo el nombramiento de varios jueces federales hasta la medianoche del mandato de John Adams.

El problema jurídico se da cuando el Secretario de Estado saliente no formaliza las comisiones de cuatro jueces, incluida la acreditación de William Marbury, quien el 2 de marzo de 1801 había sido designado para el distrito de Columbia como uno de los cuarenta y dos jueces de paz. En este punto, por orden del presidente Jefferson se detienen las comisiones por medio de las cuales se les daba credencial por parte del gobierno anterior, de manera que esos nombramientos se convierten en ineficaces.

Ante esta situación de negativa de la provisión del nombramiento, William Marbury interpone una acción judicial sustentada en la *Judiciary Act* de 1789 (ley de organización judicial EE. UU), cuyo argumento tomaba la competencia de la Corte

⁹¹ JARAMILLO, Juan; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo, "El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno", Óp. cit., p. 367.

⁹² *Ibidem*, p. 367.

Suprema para emitir mandatos judiciales frente a funcionarios del orden federal. De cara a esta situación el juez Marshall determina que el problema jurídico de la sentencia se basa en la declaración de inconstitucionalidad de la Sección Trece de la Ley Judicial, cuya particularidad está en que ampliaba la competencia de la Corte Suprema. Sin embargo, su análisis se situará en una disyuntiva, “...de un lado, si no le concedía el mandato judicial a Marbury podía ser visto como un traidor de la causa federalista y, por el otro, si lo otorgaba, el riesgo de una negativa de Jefferson y Madison de hacer efectivo el nombramiento y, por ende, de una crisis institucional de consecuencias incalculables era muy grande. Es más, en el Congreso se llegó a proponer que, en caso de una decisión favorable a Marbury, se iniciaría un juicio político para destituir a Marshall.”⁹³

La Sección Trece de la Ley de Organización Judicial de los EE. UU. de 1789 agregaba y ampliaba las competencias constitucionales de la Corte Suprema. Esto podía considerarse como no conforme a la Constitución, de manera que podía ser declarada nula y ser proscrita del sistema jurídico. En este caso, el juez argumentó que cuando la Constitución determina las competencias es por causa del constituyente bajo *numerus clausus*. La ley al crear un plexo de *numerus apertus*, adicionaba el marco competencial dado en la Constitución, y por ello esta sección de la ley fue declarada inconstitucional y, en consecuencia, se negó la petición del *mandamus*.

El rumbo que tomó la Corte Suprema de los Estados Unidos fue la supremacía e interpretación de la Constitución por parte de los jueces. Con esto se forja el *judicial review*, lo cual constituyó un novedoso mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes en cabeza de los jueces. Igualmente, tal y como manifestó el juez Marshall, de no razonarse mediante este mecanismo, se subvertiría la constitución: “...si el legislador hace lo que está expresamente prohibido, tal acto, a pesar de la

⁹³ *Ibidem*, p. 369.

prohibición expresa, es en realidad efectivo. Sería dar a la legislatura una omnipotencia práctica y real con el mismo aliento que profesa restringir sus poderes dentro de límites estrechos. Es prescribir límites y declarar que esos límites pueden pasarse por placer.”⁹⁴.

Hasta aquí se ha presentado una importante herramienta judicial para el balance entre el poder legislativo y los poderes ejecutivo y judicial. El antecedente primario fue un control difuso judicial, donde una formalidad prescrita en una ley nula es inaplicada por inconstitucional. La figura del control judicial se forja como una garantía de supremacía de la Constitución frente a los excesos del legislativo o incompatibilidad de la ley con la voluntad condensada en la Constitución del constituyente primario. Por ello el juez gravita alrededor de la Constitución como un guardián que garantiza el equilibrio entre los poderes.

5. Resumen y consideraciones

Hemos visto que como producto de la revolución de independencia se formó una república de corte constitucional democrática, donde el sustento de reivindicación de derechos individuales y emancipación de la corona se fraguó bajo la condición iusnaturalista teológica⁹⁵ y el presupuesto de que el estado es una derivación del pueblo o constituyente primario; es decir, que la rebelión fue sustancialmente de carácter político-constitucional, donde en virtud de la equidad las personas se someten a las leyes que ellas mismos se dan, porque su derecho natural las habilita

⁹⁴ AMAYA, Jorge, “*Marbury v. Madison: Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*”, Bogotá D.C: Ediciones Nueva Jurídica, 2013, p.183.

⁹⁵ “*El 4 de julio de 1776, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, los delegados en Filadelfia invocaron “las Leyes de la Naturaleza y del Dios de esa Naturaleza,” proclamaron que los hombres “son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables,” apelaron “al Juez Supremo del mundo,” y expresaron su “confianza firme en la protección de la Divina Providencia. “No cabe duda alguna que los delegados en Filadelfia que adoptaron esa Declaración creyeron la independencia de la nueva nación en el Derecho Natural; es decir que Dios, al crear’ el universo, implantó en la naturaleza del hombre un sistema de normas de Derecho vinculante para todos los seres humanos, superior a todas las leyes humanas, y entendible a través de la razón humana.”* BAKER, Robert,” *El Constitucionalismo en los Estados Unidos*”, Chile: Ediciones Oiejnnik, 2018, p. 45.

para participar, ya sea eligiendo o siendo elegido para dar lugar a una dinámica de republicana.

La referencia iusnaturalista de los constituyentes norteamericanos evoca el papel de la ley divina en la tragedia de Antígona, donde Sófocles cuenta que Antígona es condenada a muerte por Creonte, debido a que intentó enterrar el cuerpo sin vida de su hermano Polinices. El problema radicó en que Creonte decretó una ley para mantener insepulto a su hermano. Sin embargo, Antígona apela a Zeus y a Hades para honrar a su hermano sepultándolo, tal y como ordena la ley divina⁹⁶.

A un espectador extranjero como Tocqueville, le sorprendió enormemente la cercanía de la religión al proceso de independencia, dado que, aunque separado del orden político, está arraigada en el espíritu de los norteamericanos⁹⁷. Asimismo, diagnostica que, en la práctica, la moralización de los norteamericanos sobre la democracia se construye a través de la religión, la cual tiene profundas raíces en el devenir de la sociedad y es un catalizador que se combina con una constitución libre y un estado social democrático⁹⁸.

Es prolija la referencia al Dios cristiano de la tradición protestante como fundamento de la Constitución y las instituciones estatales, así como de la nueva sociedad

⁹⁶ "Antígona. — No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas 24 de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno.". SÓFOCLES, "Tragedias- Antígona", Madrid: Editorial Gredos S.A. 1981, p. 265.

⁹⁷ Robert Baker citando un artículo de Harold Berman titulado "The Crisis of Legal Education in America" de 1985, resalta que, "en las últimas dos generaciones la filosofía pública... (de los Estados Unidos) ha cambiado radicalmente de una teoría religiosa de derecho a una teoría seglar, de una teoría moral a una teoría política o instrumental, y de una teoría histórica a una pragmática.... El triunfo de la teoría positivista de derecho - que la ley es la voluntad del legislador - y la declinación de teorías rivales han contribuido a la confusión de la educación jurídica.". BAKER, Robert, "El Constitucionalismo en los Estados Unidos", Óp. cit., pp. 58-59. Lo anterior, lo contrasta y significa en la realidad judicial el divorcio con la tradición iusnaturalista deísta al referir el cambio de paradigma del Fallo Roe v. Wode, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos despenalizó el aborto.

⁹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis, "De la Démocratie en Amérique 1835-1840", Óp. cit., pp. 638, 819, 890.

norteamericana. Alexander Hamilton⁹⁹, James Madison¹⁰⁰, James Wilson¹⁰¹, George Washington¹⁰², John Dickinson¹⁰³, entre otros, de los treinta y nueve delegados de la Convención de Filadelfia, se manifestaron abiertamente iusnaturalistas. Es más, cerca de veinte delegados eran abogados que seguramente estaban formados en la línea del famoso jurista Blackstone, cuya obra *Commentaries on the Laws of England* era muy popular entre entendidos. Blackstone defendía la idea de que el Derecho Natural, siendo contemporáneo con la humanidad y dictado por Dios, es superior en obligación a cualquier otro y fuente de validez de las leyes humanas¹⁰⁴.

⁹⁹ “Los hombres buenos y sabios, en todas las edades, han abrazado una teoría muy diferente. Ellos han supuesto que la deidad, desde las relaciones, nos permite apoyarnos mutuamente, lo cual ha constituido una ley eterna e inmutable, que es, de manera indispensable, obligatoria para toda la humanidad, antes de cualquier institución humana. Lo que se llama la ley de la naturaleza, “que, siendo coetáneo con la humanidad y dictado por el mismo Dios, es, por supuesto, superior en obligación a cualquier otro. Es vinculante para todo el mundo, en todos los países y en todo momento. Ninguna ley humana tiene validez, si es contraria a esto; y aquellos de ellos que sean válidos, derivan toda su autoridad, de manera mediata o inmediata, de este original”. Blackstone. Sobre esta ley, dependen los derechos naturales de la humanidad, el ser supremo que dio existencia al hombre, junto con los medios para preservar y beatificando esa existencia. Lo dotó de facultades racionales, con la ayuda de las cuales, para discernir y perseguir tales cosas, en consonancia con su deber e interés, y le otorgó un derecho inviolable a la libertad personal y la seguridad personal. Por lo tanto, en un estado de naturaleza, ningún hombre tenía poder moral para privar a otro de su vida, sus miembros, sus propiedades o su libertad; ni la menor autoridad para mandar, ni su obediencia exacta; Excepto lo que surgió de los vínculos de la consanguinidad.” HAMILTON, Alexander, “The Papers of Alexander Hamilton 1768–1777”, Vol. 1, 8, New York: Columbia University Press, 1961, pp. 81–165

¹⁰⁰ “James Madison, del Estado de Virginia, conocido como “el Padre de la Constitución,” escribió las siguientes líneas dos años antes de la Convención Constituyente, respecto a la obligación que el hombre debe a Dios: “Este deber tiene precedencia, tanto en el sentido temporal como en el nivel de obligación, a las demandas de la Sociedad Civil. Antes de que un hombre pueda ser considerado como miembro de la Sociedad Civil, éste debe ser considerado como súbdito del Gobernador del Universo.”. BAKER, Robert, “El Constitucionalismo en los Estados Unidos”, Óp. cit., p.49.

¹⁰¹ “Que nuestro Creador tiene el derecho supremo de prescribir una ley para nuestra conducta, y que tenemos la obligación más perfecta de obedecer esa ley, son verdades establecidas sobre los principios más claros y sólidos... Él, como patrón de su propia obra, puede establecer cualquier norma que quiera Esta es la fuente verdadera de toda autoridad. La ley de la naturaleza es universal... Esta ley, o razón correcta, como la llama Cicerón, es... derecho verdadero que corresponde a la naturaleza, esparcida entre todos los hombres, inmutable, eterna.”. WILSON, James, “Collected works of James Wilson”, Vol 1, Indiana: Liberty Fund, Inc., 2007, pp. 500-501,523.

¹⁰² “George Washington, delegado por Virginia, presidente de la Convención Constituyente, y el hombre más respetado del país, intervino con muy poca frecuencia en los debates en Filadelfia. Pero dos años después, en el primer año de su presidencia de la Nación, a petición del Congreso, proclamó un Día de Acción de Gracias. Su proclamación comenzó con estas palabras: “...es el deber de toda Nación de reconocer la providencia de Dios Todopoderoso, de ser grato por sus beneficios, y de implorar humildemente su protección y benevolencia...”. BAKER, Robert, “El Constitucionalismo en los Estados Unidos”, Óp. cit., p.51.

¹⁰³ “Nuestras libertades no vienen de cartas, porque ellas son nada más que de declaraciones de derechos preexistentes. Ellas no dependen de pergaminos o sellos, sino del Rey de los Reyes y el Señor de toda la tierra.”. Ibidem, p. 51.

¹⁰⁴ “Esos derechos entonces que Dios y la naturaleza han establecido y, por lo tanto, se llaman derechos naturales, como son la vida y la libertad, no necesitan de la ayuda de las leyes humanas, estos deben ser invertidos efectivamente en cada hombre; tampoco reciben fuerza adicional cuando las leyes municipales así

En cuanto al fundamento de la ley, en lo relacionado con deberes y derechos, el acento reitera en el origen en la ley del Dios cristiano, como el hacedor de las leyes naturales, cuyo encaminamiento limita el poder y lo legitima, siempre y cuando acoja, respete y proteja los estatutos morales dados por la ley divina. La influencia de Locke¹⁰⁵ sobre Jefferson representó un sentido de ley natural, como “...una ley moral universalmente obligatoria, promulgada por la razón humana, como reflejo de Dios y sus derechos, de la relación del hombre con Dios y de la igualdad fundamental de todos los hombres en cuanto criaturas racionales.”¹⁰⁶.

Los norteamericanos antes y luego de la Independencia, acogieron moderadamente la filosofía política y el iusnaturalismo de Locke. Su inmersión se dio gracias a la cercanía con la tradición más antigua y fuerte del Derecho Natural clásico. De todos modos, para los fundadores constitucionales, la influencia de Locke fue mayor que la de los filósofos europeos continentales. Por ello, Baker citando al historiador norteamericano Sidney Ahlstrom, recuerda que, “... los vinos de la Ilustración fueron sorbidos con *cauta moderación*.”¹⁰⁷, puesto que el iusnaturalismo deísta era un fuerte componente frente al racionalismo antropocéntrico. Los rayos de la Ilustración que llegaron a las colonias inglesas son dominados por la antigua influencia del derecho natural, tanto así que se pueden observar la dependencia de la Constitución a una fundamentación deísta, donde la ley y la autoridad del Estado

lo declaran inviolable. Por el contrario, ninguna legislatura humana tiene poder para abreviar o destruirlos, a menos que el propietario cometa algún acto que equivalga a la pérdida de éstos. Ninguno de los deberes divinos o naturales (como, por ejemplo, la adoración a Dios, el mantenimiento de los niños, y similares) reciben una sanción, sino por ser también Declarados deberes por la ley del país.” BLACKSTONE, William, “Commentaries on the Laws of EngLand 1765”, Óp. cit., p. 43.

¹⁰⁵ “Locke puede hablar de lo que el estado de naturaleza debe ser porque admite una ley moral natural que puede descubrirse por la razón. El estado de naturaleza es estado de libertad, pero no de libertinaje. “El estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna, que obliga a todos; y la razón, que es esta ley, enseña a todos los hombres que la consultan que son iguales e independientes y que nadie debe dañar a otro en su vida, su salud, su libertad o sus bienes”, ya que todos los hombres son criaturas de Dios. Y aunque el hombre pueda defenderse contra un ataque y castigar a los agresores según su iniciativa privada, ya que, como hemos supuesto, no hay ningún juez o soberano temporal común, su conciencia encuentra como límite la ley moral natural que obliga con entera independencia de la sociedad civil y de sus leyes.” COPLESTON, Frederick, “Historia de la filosofía: De Hobbes a Hume”, 2 ed, Vol. 5, Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1993, p. 127.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 127, 138.

¹⁰⁷ BAKER, Robert, “El Constitucionalismo en los Estados Unidos”, Óp. cit., p.52.

están limitados por la ley divina que subordina a la Constitución, y ésta a su vez a los poderes y a los estados de la unión¹⁰⁸.

No obstante, dos ideas Lockeanas sí lograron penetrar en la sociedad norteamericana. De un lado, la creencia que la mente puede ser considerada como un tablero en blanco, en el cual se consignará la experiencia por medio de los sentidos, en la forma de imágenes e impresiones; es decir, que las representaciones mentales son vínculos individuales de personas que le dan una forma contractual voluntaria y revocable. Por otro lado, la idea de las sociedades integradas por personas autónomas que instituyen estados antitiránicos para la defensa y garantía de los derechos naturales¹⁰⁹.

La tradición jurídica inglesa fue adoptada por los colonos revolucionarios como un argumento para evidenciar un trato diferencial en detrimento de los intereses y derechos de los colonos. Reiteraron hasta el cansancio el acceso a los derechos y libertades de la Carta Magna, aprovechando la interpretación del juez Coke. En términos muy básicos la pretensión inicial fue un trato igual, como los ciudadanos insulares, en el sentido de asegurar derechos. Entre otros, el debido proceso, juicio por jurado, improcedencia de detenciones arbitrarias e igualdad de trato judicial. La tradición que propone el jurista Blackstone es asimilada por los norteamericanos. Particularmente, llama la atención la aseveración de que el derecho debe tener una visión amable por parte del común y los ciudadanos deben educarse en ella, situación que no le es ajena a Dworkin¹¹⁰ al considerar de gran trascendencia el derecho para una comunidad política, dado que ella interpreta las prácticas sociales,

¹⁰⁸ HAMILTON, Alexander y otros, "El federalista", N° 71, Óp. cit., pp. 265, 273.

¹⁰⁹ "Éste es el individualismo liberal, la base filosófica de la Declaración de Independencia, un documento redactado, por supuesto, por Jefferson. En el pensamiento Lockeano, los seres humanos son en esencia cifras que poseen derechos.". MENAND, Louis, "El club de los metafísicos: Historia de las ideas en América", 1 ed, Barcelona: Editorial Ariel S. A., 2016, p. 252.

¹¹⁰ El derecho para Dworkin es una forma de integración, a través del derecho, se traen principios que reúnen intereses que pretenden la sociedad, como, el principio de igualdad jurídica o igual respeto.

es decir, el derecho¹¹¹. Asimismo, un ejercicio de este tipo les permite a los ciudadanos y estadistas discrepar sobre los derechos en la arena política¹¹². También Blackstone aseguró que las leyes inglesas, en las tierras coloniales, estaban vigoras por ocuparlas súbditos ingleses, puesto que la ley es el derecho de nacimiento de todos los súbditos en cualquier lado a donde se vaya.

Para justificar la resistencia frente las arbitrariedades de los ingleses, como los impuestos sin representación y los juicios a distancia por las leyes intolerables, los colonos nuevamente acudieron a la tradición jurídica inglesa, tomando como referencia a los barones que se levantaron en armas contra la corona. Fruto de esta acción se lograron los privilegios de la Carta Magna en 1215, lo cual fue interpretado como la fundación de la resistencia en la letra y en el mismo espíritu de la Constitución británica no escrita.

A pesar de la clara adopción de la tradición jurídica inglesa, pensadores como Paine y Hamilton destacaron los elementos diferenciadores y subrayaron el origen democrático de la república y de sus instituciones, a diferencia de los ingleses que tenían una estructura monárquica. No obstante, tanto la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 como la Constitución de Filadelfia de 1787 introdujeron derechos importantes que se inspiraron en el *Common Law* y la Carta Magna. Sin embargo, tanto Hamilton, como Paine buscaron revestir de autenticidad y distanciar la naciente puesta jurídica-política norteamericana de la tradición inglesa, apoyados en el origen democrático de su Carta Política e instituciones estatales.

El producto del proceso de independencia acogió la filosofía política y el constitucionalismo liberal, cuyos elementos refieren a constituciones rígidas, con procedimientos complejos de reforma y un sistema de controles y contrapesos

¹¹¹ Ver DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 117; DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia". Óp. cit., pp. 15-16, 86-87.

¹¹² DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 146.

donde se privilegia y protegen los derechos individuales del pueblo soberano. Además, el novedoso control constitucional difuso, bajo el cual se puede declarar nula una ley contraria a la Constitución, significó un límite a las arbitrariedades del poder legislativo y la superlatividad constitucional.

Un antecedente del origen de lo que posteriormente sería conocido como el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es el emblemático caso Bonham de 1610. Allí se pone de manifiesto la colisión entre la legislación ordinaria y el *Common Law* (ley superior). El juez Coke afirma que existe un derecho superior a la ley emanada del parlamento, de manera tal que se aplicará preferentemente la ley superior en caso de choque normativo entre los dos. Adicionalmente, introduce la idea de un examen de la razonabilidad de la ley del Parlamento, el cual debe arrojar compatibilidad y correspondencia con el derecho superior del *Common Law*, cuyos pilares, la tradición y costumbre, han investido a los jueces para interpretar la tradición jurídica bajo los parámetros del *Common Law*¹¹³.

El control judicial, en la línea de lo expresado por Hamilton, refleja una diferenciada separación entre voluntades de las mayorías representadas por sus mandatarios

¹¹³ “Tal vez la más conocida sentencia de Coke es la del caso Bonham de 1610, en el que se plantea el conflicto entre la legislación ordinaria y una «ley superior». El caso no tuvo importantes repercusiones políticas ni jurídicas en los años que inmediatamente le siguieron, pero iba a ejercer gran influencia después de siglo y medio en Estados Unidos, cuando fue utilizada a favor de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes ... Los hechos tampoco daban alguna connotación especial al caso: el doctor Bonham había sido encarcelado porque no había pagado una multa impuesta en aplicación de una ley del parlamento que, confirmando los Estatutos del Colegio Real de Médicos, otorgaba a este último, competencia para imponer sanciones a las personas que en Londres practicasen la medicina sin licencia, cuyo importe se pagaría por mitades a la corona y al colegio mismo. El doctor Bonham consideró que su detención era ilegal y promovió un juicio ante el King’s Bench (el tribunal superior del reino) que en ese momento era presidido por Coke. Sin embargo, la decisión tomada iba a tener notoriedad por uno de los argumentos en que se basaba: la ley del parlamento confirmatoria de los Estatutos del Colegio Real de Médicos hacía que éste fuera juez de su propia causa, puesto que el Colegio era, simultáneamente, el que demandaba a los médicos que infringían sus reglas, el acusador, el juzgador y, además, el beneficiario de las multas que imponía como sanción. Por consiguiente, de acuerdo con la sentencia se trataba de un acto del parlamento contrario al common law y a la razón y, por lo tanto, debía ser considerado nulo y sin ninguna eficacia: « Y aparece en nuestros libros que en muchos casos la ley común (common law) sirve para contrastar las leyes del Parlamento, y a veces las declaran nulas; porque cuando una ley del Parlamento va contra el derecho y la razón comunes, o repugna o es imposible de cumplir, la ley común (common law) servirá para declararla inválida» JARAMILLO, Juan; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo, “El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno”, Op. cit., p. 190.

(poder derivado) y los preceptos constitucionales del constituyente primario (originario), de manera que el cuerpo judicial cuando falla que una ley es nula lo hace sobre la base del argumento de que contraviene la constitución, y no porque está superponiéndose al legislativo.

Esta herramienta judicial, en verdad honra la superlatividad constitucional como un límite al poder político y garantía de los derechos individuales. En este sentido, el “Higher law” es un derecho natural rescatado por la voluntad popular, cuya preocupación reside teleológicamente en que ni una monarquía, ni un parlamento superen la Carta Política. Por ello, el poder legislativo está subordinado a la Constitución y, en virtud de esto, la Corte Suprema de los Estados Unidos interpreta con el rasero de la supremacía de la misma.

Visto todo lo anterior, podemos concluir que los Estados Unidos de América están fundados sobre la base de elementos de la filosofía europea, la religión protestante, un catálogo de derecho individuales y la tradición jurídica inglesa, cuya aceptación y adaptación fue constante. La racionalidad iusnaturalista de validez precede la formación de los poderes estatales, y su legitimidad se manifiesta a través de la soberanía popular en una democracia constitucional, cuya eficacia depende del respeto de los derechos individuales dentro de una organización territorial federal que se gobierna por un sistema presidencialista.

No obstante los méritos democráticos, culturales y organizacionales a nivel institucional, se desarrolló de facto una democracia restringida que excluía a los grupos de raza negra e indígena, los desposeídos y las mujeres. La lucha de Lincoln por abolir la esclavitud cuestionó la hipocresía sobre los estándares fijados por los padres fundadores, con relación a la libertad y el trato igual ante la ley. Otro aspecto, es que, a pesar de que Estados Unidos se afianzó en su interior con estructuras mayoritariamente democráticas y una innegable promoción del respeto por las libertades, el avance fue moderado para los grupos señalados anteriormente.

CAPÍTULO II. EL COMMON LAW EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. Introducción

En este capítulo abordaremos la presentación de rasgos generales del sistema jurídico *Common Law* en Estados Unidos de América, junto con un análisis de la aplicación del precedente, para luego resaltar los hitos judiciales y tendencias importantes en las diferentes Cortes Supremas estadounidenses. Finalmente, se enseñará la concepción de precedente desde la perspectiva de Dworkin en diálogo con su visión de derecho.

Este capítulo se dividirá en dos secciones; a saber, el *Common Law* y las Cortes Supremas Estadounidenses, junto con un análisis a partir de Dworkin del precedente en Estados Unidos y el contexto judicial, para luego presentar un resumen y consideraciones.

2. *Common Law*

En esta sección nos ocuparemos de presentar a través de la historia la tradición jurídica del *Common Law* desde sus orígenes en Inglaterra hasta llegar a los Estados Unidos. Con respecto a este último haremos una profundización de su sistema jurídico y las fuentes que lo conforman, así como una referencia a la teoría jurídica sobre la cual mayormente se ha apoyado, la cual a su vez la podremos apreciar como desarrollo de la tradición jurídica aquí estudiada.

2.1. El *Common Law* y sus orígenes

El *Common Law* a grandes rasgos puede ser entendido como una tradición jurídica, la cual contiene una colección de cualidades profundamente arraigadas, cuya historia condiciona ontológicamente el derecho con relación a la sociedad, el cuerpo político, la institucionalidad del sistema jurídico, así como la forma en que el derecho se hace o cómo debe hacerse, aplicarse, estudiarse, enseñarse y adquirir sus condiciones de perfectibilidad¹¹⁴. Por otro lado, la tradición jurídica determina al sistema jurídico dentro de la perspectiva cultural. La composición del sistema jurídico¹¹⁵, en términos generales, está dada por instituciones, procedimientos y reglas legales.

Los sistemas jurídicos en cada estado se encuentran separados y diferenciados, de manera que existen tantos sistemas legales como estados y organizaciones internacionales. En el caso de los Estados Unidos, hay un sistema federal y cincuenta sistemas estatales legales, cuyo tronco o familia es el derecho común, el cual es compartido, no sólo en sus reglas de derecho sustantivo, sino también en cuanto sus instituciones y procedimientos por sistemas legales como los de Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, California y Nueva York¹¹⁶.

Esta tradición jurídica de las decisiones judiciales y de la creación del derecho tiene su génesis en Inglaterra tras la invasión normanda en el año 1066. Cuando los

¹¹⁴ MERRYMAN, Henry y otro, “*La tradición jurídica romano-canónica*”, 3 ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 14.

¹¹⁵ “*Por sistema jurídico entendemos el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o deberla crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar. Para García Máynez, sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, y que el Estado estableció o creó con objeto de regular la conducta o. el comportamiento humano. Los sistemas jurídicos contemporáneos integran el conjunto de leyes, costumbres, razones y jurisprudencia de derecho positivo que rigen en los diversos países del mundo. Cada país tiene su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar las leyes, las costumbres y la jurisprudencia. Ello se debe a que cada uno difiere del otro en virtud de sus singulares características sociales, raciales y religiosas, además de contar con distintas tradiciones.*”. SIRVENT, Consuelo, “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, 15 ed, México: Editorial Porrúa, S.A., 2012, p. 4.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 13.

normandos conquistan a los ingleses nativos en la célebre batalla de Hastings. Generalmente, esta tradición se estudia históricamente a partir de tres periodos: el anglosajón, que abarca del siglo I d. C. al XI d. C; el de Guillermo el Conquistador hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor; y el periodo del siglo XV con el nacimiento de la *equity* hasta la actualidad¹¹⁷.

El *Common Law* con relación a la equidad, implicó criterios jurídicos inicialmente desarrollados por el Tribunal de Cancillería cuya delimitación es imprecisa, y se basa en criterios de justicia contextual o para el caso concreto, más que en reglas bien definidas, fijadas por el sistema jurisdiccional¹¹⁸. Igualmente, la *equity* como un grupo de normativo producido y aplicado durante el siglo XV y XVI por la jurisdicción del canciller, buscó ejecutar una tarea revisionista y correctora del *Common Law*, dado que se consideraba inmerso en falencias¹¹⁹. En 1875 se fusionan el *Common Law* y la *Equity*, como parte de un programa de organización judicial¹²⁰, con lo que se crea la Suprema Corte de la Judicatura que integró a su vez los Tribunales Reales y el Tribunal de la Cancillería.

Esta familia del derecho se construyó a través de los precedentes judiciales de los Tribunales Reales y el Tribunal de la Cancillería, con lo cual su fortaleza vinculante, como fuente del derecho, se realiza predominantemente por la jurisprudencia. Por ello se acuñó la expresión *judge made law* (el juez hizo el derecho). Las soluciones

¹¹⁷ Ibidem, p. 59.

¹¹⁸ BIX, Brian, “*Diccionario de teoría jurídica*”, 1 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 43.

¹¹⁹ SIRVENT, Consuelo, “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, Óp. cit., p. 70

¹²⁰ “*Origen de la Equity. En este análisis se estima necesario traer al análisis las condiciones en las que se desarrollaron las reglas de la Equity en derecho inglés. En la medida que el common law funcionaba deficientemente, las cortes reales no podían ser recurridas, obsequiar el remedio adecuado requerido por un litigante, y por lo tanto carecía de los medios para conducir a buen término un procedimiento, o finalmente conducía inevitablemente a una resolución contraria a la Equity-*, los particulares tenían, conforme a los postulados de la Edad Media, la posibilidad de solicitar al soberano su intervención, recurriendo a los imperativos de su conciencia, para que en su calidad de soberano, tomara una resolución que facilitara la administración de la justicia o que impusiera la solución requerida por la administración de la justicia. El derecho era un fetiche. El rey, soberano justiciero, debía asegurar a sus súbditos la administración de la justicia; su intervención estaba legitimada en los casos donde la técnica del derecho se encontraba ausente.”. DAVID, René y otro, “*Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, 10 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 234.

de disputas individuales caracterizó al *Common Law* como una fuente normativa concreta para el caso particular¹²¹.

A partir de John Davies se plantea una perspectiva histórica de la tradición del *Common Law*. Refiere el autor que el derecho es aquel preservado en la memoria del hombre donde la costumbre inmemorial se aparca como el lugar propio y originario que da lugar al nacimiento derecho. Asimismo, este *customary law*, en términos de Davis, es la versión perfecta del derecho, porque preserva la comunidad y no es una simple imposición de parlamentos o príncipes, sino que es una decantación natural de la voluntad del pueblo dado que su permanencia en el tiempo y naturaleza ininterrumpida le da su virtud y fuerza vinculante¹²².

Edward Coke, también, consideró que la costumbre inmemorial debía ser restablecida por los jueces, como una perfección artificial de la razón obtenida a través de un largo estudio, observación y experiencia¹²³. Su argumento se puede representar en su aforismo “...*nosotros no somos, sino de ayer y, por tanto, necesitamos de la sabiduría de los que fueron antes de nosotros...*”. No tener estos presupuestos, en sus palabras, es adolecer de ignorancia ya que la innumerable sucesión de tiempos por la larga e incontable continuidad de la experiencia da acceso al verdadero derecho¹²⁴.

Esta concepción del *Common Law* tiene su convergencia en las diferenciaciones de la teoría del derecho iusnaturalista, bajo principios morales eternos que se originan en la ley divina, los cuales subyacentemente laten en los pronunciamientos jurídicos de los jueces cuya codificación de la costumbre inmemorial, hoy en desuso, es un tipo de derecho carente de publicidad de la autoridad y anterior al estudio del caso

¹²¹ SIRVENT, Consuelo, “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, Óp. cit., p. 8.

¹²² GALLEGO, Elio, “*Common Law: El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*”, Madrid: Ediciones Encuentro, 2011, p. 64

¹²³ BIX, Brian, “*Diccionario de teoría jurídica*”, Óp. cit., p. 44.

¹²⁴ GALLEGO, Elio, “*Common Law: El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*”, Óp. cit., p. 65.

por parte del juez¹²⁵. Asimismo, de cara a la legislación, como la codificación del derecho, esta tradición contrasta por la discrecionalidad de los jueces y la pretensión disputada en la doctrina jurídica respecto a la creación de derecho por la vía judicial o el descubrimiento del derecho.

En este punto, resulta importante un *excursus* a propósito de los defensores de la tesis de discrecionalidad, como lo son Hart y Posner. Hart, por su lado, señaló que los casos difíciles se deciden discrecionalmente, puesto que bajo estas circunstancias las normas son exiguas. También dice que, en la práctica, los tribunales que resuelven un caso ulterior, probablemente, llegará a una decisión contraria del precedente restringido, de manera que habrá una variación de caso a caso¹²⁶ y la elaboración de una regla en forma discrecional¹²⁷.

Por su parte Posner señala que el juez es incapaz de basar la decisión en la lógica o la ciencia para resolver los casos difíciles. Los jueces se ven obligados a echar mano de una bolsa que contiene métodos informales de razonamiento. Los precedentes que están directamente en el punto tienen autoridad en un tribunal de justicia, pero su autoridad es política, es decir, arraigada en última instancia en la fuerza, en lugar de carácter epistémico, de manera que los jueces siguen las decisiones anteriores de su tribunal cuando están de acuerdo con ellos o cuando consideran¹²⁸. Sin embargo, los jueces crean¹²⁹ el derecho en vez de encontrarlo, y para ello utilizan como insumos tanto las reglas establecidas por los legisladores y

¹²⁵ BIX, Brian, "Diccionario de teoría jurídica", Óp. cit., p. 57.

¹²⁶ HART, Herbert, "El concepto del derecho", 3 ed, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2009, pp. 163-169.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 164.

¹²⁸ POSNER, Richard, "The problems of jurisprudence", 1 ed, United States of America: Harvard University Press Cambridge, 1993, pp. 455-456.

¹²⁹ "Los artistas combinan técnica con creatividad. Pero los jueces hacen lo mismo, poniendo así de manifiesto la técnica en la fase legalista de la toma de decisiones y la creatividad en la legislativa (fase en la que los jueces hacen uso de un poder discrecional para crear derecho y que es una fase diferente a aquella que consiste en la mera aplicación pasiva del derecho preexistente) y en ambas fases analizan un problema jurídico o una serie de ellos y les ponen a las soluciones una envoltura retórica que resulte del agrado de sus colegas como audiencia principal pero también, ése es su deseo, que satisfaga a una audiencia más amplia." POSNER, Richard, "Cómo deciden los jueces", Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2011, p. 77.

las cortes anteriores de “derecho positivo” como sus propias preferencias éticas y políticas¹³⁰.

La otra postura, la de descubrimiento del derecho, es la defendida por Dworkin. Con su postura, principalmente, ataca la teoría de la obligación de la regla jurídica, la cual indica que en toda sociedad los acuerdos entre individuos o tratados entre estados dan lugar a las obligaciones. Las reglas establecen y especifican procedimientos para estos actos que auto-obligan, cuyo cumplimiento no puede ser ignorado, de manera que, “*cuando lo son {obligados}, el individuo o el estado que a sabiendas usa estos procedimientos queda obligado por ellos, lo quiera o no.*”¹³¹.

Visto lo anterior, la regla jurídica como obligación nos lleva a pensar que en los casos difíciles cuando no hay una regla concreta no hay obligación jurídica, mientras el juez discrecionalmente cree una regla para el futuro¹³². Estaríamos así frente a una inseguridad jurídica, porque no existiría ningún tipo de obligación jurídica¹³³.

Así las cosas, una de las partes tiene derecho a ganar la disputa, por ello, el juez, inclusive en los casos difíciles, debe descubrir cuales son los derechos en disputa por las partes en lugar de crear heurísticamente y de forma retroactiva derechos nuevos. También, señalará Dworkin que con frecuencia juristas y operadores jurídicos sensatos estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos, lo cual no garantiza que todos ellos den la misma respuesta¹³⁴.

¹³⁰ POSNER, Richard, “*The problems of jurisprudence*”, Óp. cit., p. 457.

¹³¹ HART, Herbert, “*El concepto del derecho*”, Óp. cit., p. 278.

¹³² “*En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez — de acuerdo con esa teoría— tiene «discreción» para decidir el caso en uno o en otro sentido.*”. DWORKIN, Ronald. “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 146.

¹³³ DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 100.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 146.

Insistirá Dworkin que los operadores jurídicos no deben invadir las competencias del legislativo, porque cuando se extralimitan, están engañosamente legislando, y con ello introduciendo principios políticos¹³⁵ o caracteres axiológicos, en lugar de usar los cánones dentro del derecho deontológicos, como son los principios jurídicos (moral política). Se construyen así los argumentos de principio que justifican una decisión política, demostrando que tal decisión respeta derechos individuales y colectivos¹³⁶.

Para cerrar este *excursus*, debemos referir la importancia del juez filósofo Dworkiniano, quien conoce el propósito de la ley y los principios jurídicos. Esta categoría ideal de un jurista poseedor de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, así como el deber de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o tribunales superiores¹³⁷. También, asume el esquema de los principios fijados, sobre la base de una teoría constitucional¹³⁸, que acoge las prácticas tenidas por firmes según las normas constitucionales en el sentido de la totalidad del esquema constitucional¹³⁹. Asimismo, el razonamiento del juez Herculeano no se reduce a pensar simplemente por un problema de adecuación entre una teoría jurídica y las normas de la institución, sino que implica simultáneamente un problema de filosofía moral-política. Por ello deberá hallar la mejor decisión que conciba la elaboración más satisfactoria en coherencia con lo que establece el esquema político de la constitución¹⁴⁰.

¹³⁵ “Se trata de la distinción (que ya intenté explicar y defender en otras ocasiones) entre argumentos basados en principios políticos, que apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales, y argumentos fundados en políticas públicas, que sostienen que una decisión dada debe promover alguna concepción de bienestar general o interés público (Dworkin, 1977a). Considero que el enfoque correcto es que, en casos polémicos, los jueces fundan sus decisiones, y deben hacerlo, en argumentos de principios políticos y no en políticas públicas. Mi postura, entonces, es más restrictiva que la opinión progresista norteamericana, pero menos que la británica.” DWORKIN, Ronald, “Una cuestión de principios”, *Óp. cit.*, p.27

¹³⁶ *Ibidem*, p. 147.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 177.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 178.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 178.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 178.

Por otro lado, y retomando nuestra presentación clarificadora de la tradición del *Common Law*, debemos señalar que las caracterizaciones más cercanas al estatus contemporáneo pensaron esta tradición como una consideración y reconsideración progresiva problematizaciones en torno a intuiciones morales, con respecto a las contraposiciones de las partes. En términos operativos esta tradición implicó principalmente el *judge made law* como el derecho elaborado por el juez para el caso concreto, y el *stare decisis* como la observancia de las reglas establecidas en los precedentes en el sentido de atenerse a lo ya decidido.

El *Common Law* también ha sido criticado por el problema de la retroactividad, cuando se crean reglas para resolver las disputas ante los tribunales. Este punto, como se expuso en el excurso, es muy criticado por Dworkin, dado que rompe con la seguridad jurídica y el esquema constitucional-político de división de poderes y pesos contrapesos. Un fuerte crítico del *Common Law* fue Bentham. Como fustigador de la legislación judicial y un fuerte defensor de la codificación¹⁴¹ usó la analogía para ridiculizar el derecho común, pues, decía que el *Common Law* era un derecho ex post facto o *dog-law*¹⁴² donde se castiga a la gente sin previo aviso hasta después de causada la acción, de manera que de acuerdo con él sólo retrospectivamente y en relación con casos que han sido decididos podría tener una certeza acerca de lo que era el derecho¹⁴³. También Bentham atacó el postulado de derechos naturales – hoy derechos humanos—¹⁴⁴, bajo el argumento de que eran infundados jurídicamente (positivismo normativo). Estos serían simplemente

¹⁴¹ Ibidem, p. 31.

¹⁴² “Cuando tu perro hace algo por lo que deseas castigarlo, esperas a que lo haga y entonces le golpeas por ello...”. DINWIDDY, Jhon, “Bentham”, Madrid: Alianza Editorial, S. A., 1995, p. 80.

¹⁴³ “Prospectivamente, su contenido en relación con cualquier tema tendría que ser inferido conjeturalmente a partir de los que se presentaban como precedentes relevantes; el common law no constaba de normas explícitas, sino de «inferencias generales deducidas de decisiones particulares», y el contenido de sus normas implícitas tenía que ser formulado por la propia gente corriendo el riesgo consiguiente. En realidad, por supuesto, la gran mayoría de la gente no tenía modo de hacer esto por sí misma, ya que los precedentes estaban enterrados en una inmensa masa de registros legales, así como escritos en una jerga legal que no tenían modo de entender. El ciudadano, incapaz de alcanzar el derecho por sí mismo, «queda reducido a consultas —reúne a los abogados— recoge tantas opiniones como su fortuna le permite y todo este ruinoso procedimiento a menudo sólo le sirve para plantearle nuevas dudas». Ibidem, pp. 80-81.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”, Op. cit., pp. 31-32.

entidades metafísicas falaces y anárquicas, un disparate o sinsentido en zancos”¹⁴⁵. Respecto de las fuentes de esta tradición jurídica, se puede encontrar a la jurisprudencia, la ley, la costumbre¹⁴⁶, la razón¹⁴⁷ y la doctrina¹⁴⁸. Su historia de aplicación se remonta a las Cortes de Westminster (*Common Law*) y por la Corte de la Chancillería (*Equity*). Sin embargo, como ya se ha presentado, es un derecho basado especialmente en la jurisprudencia (*case-law*) que no tuvo una marcada influencia de las universidades y de la doctrina. A nivel legislativo careció de modificaciones sustanciales y codificación. La ley¹⁴⁹ (*statute*) fue de plano inferior, y

¹⁴⁵ ESCANTILLA, Manuel, “*Bentham*”, España: Contenidos Editoriales y Audiovisuales, S.A.U. 2017, pp. 94,100.

¹⁴⁶ “La palabra puede referirse a tres cosas distintas, la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local. La costumbre general, llamada también “costumbre general inmemorial”, se identifica con el propio *Common Law*, para cuya elaboración, los tribunales reales se basaron, cuando menos en teoría, en las costumbres de los antiguos reinos anglosajones. La importancia actual que como fuente del derecho puede tener la costumbre en la acepción indicada, es escasa, habiendo sido absorbida, tiempo atrás, por el *case-law* y la legislación. La costumbre mercantil data de la Edad Media y se formó con las prácticas adoptadas por comerciantes y mercaderes, con el objeto de crear normas especiales, que, además, agilizaran el tráfico comercial. Al igual que sucedió en el resto del Continente europeo, estas prácticas, se incorporaron al derecho legislado y a la jurisprudencia. Por lo que a la costumbre local se refiere, la puede hacer valer una persona ante un tribunal, buscando se le reconozca y declare un derecho que ha venido ejerciendo por algún tiempo. En el momento en que el tribunal la acepta, esa costumbre deja de serlo, para convertirse en derecho local.”. MORINEAU, Marta, “Una Introducción al *Common Law*”, 1 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 26.

¹⁴⁷ “En un sistema jurisprudencial como el inglés se reconoce a la razón la misión de actuar como una fuente subsidiaria del derecho, destinada a colmar las lagunas del sistema jurídico inglés. La técnica de interpretación se ve sustituida por una técnica de distinción dirigida a establecer normas nuevas, cada vez más precisas, en vez de aplicar una norma preexistente. La razón es buscar la solución razonable a un litigio cuando no existe en la materia ningún precedente ni ninguna costumbre obligatoria, significa, ante todo, buscar la solución más armónica con las normas jurídicas existentes y, por tanto, la que parece más satisfactoria, habida cuenta de la preocupación básica de seguridad, temperada por la de justicia, fundamental a todo derecho. Busca la solución dictada por la razón no es, en ningún caso resultado del arbitrio. La tarea exige que se busquen, para su aplicación correspondiente, los principios generales que se desprenden de las normas existentes.”. SIRVENT, Consuelo, “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Óp. cit., p.96.

¹⁴⁸ “Son libros de autoridad algunos libros de texto antiguos, en torno a los que la práctica judicial ha establecido una tradición en cuanto a considerarlos como fuentes originarias del derecho inglés. No todos los libros de texto antiguos reciben este tratamiento, sólo un número limitado de obras, en cada rama jurídica, son aceptadas universalmente por jueces y abogados, como formando parte de esta categoría. Estas obras son entonces consideradas por los tribunales como manifestaciones auténticas del derecho de su época. El hecho de que un libro obtenga tal distinción depende de su prestigio y para saber qué libros tienen este rango es necesario conocer la práctica profesional... De Blackstone en adelante, los autores de textos legales caen en la segunda categoría, o sea, como autores de textos recientes. Esta circunstancia se debe a dos razones principalmente. En primer lugar, porque desde la época de Blackstone los principios del *Common Law* quedaron establecidos en forma definitiva y, en segundo lugar, porque en la actualidad, los reportes de los casos son más accesibles y confiables. Lo anterior no quiere decir que las obras recientes no sean también importantes, y a que los abogados pueden recurrir a ellas y basar sus alegatos en un autor moderno y los Jueces frecuentemente también las citan, al respecto es curioso señalar que existió una regla, ahora abolida, que establecía que ningún autor vivo podía ser citado en Juicio.” MORINEAU, Marta, “Una Introducción al *Common Law*”, Óp. cit., pp. 27-28.

¹⁴⁹ “El poder soberano para establecer las leyes reposa en el Parlamento, el cual tiene el poder de promulgar, revocar o alterar tales leyes como crea conveniente. Unido a este amplio poder está el acuerdo que ningún parlamento puede atar a sus sucesores en tal forma que limite sus poderes legislativos absolutos. La ley en la

contribuyó mayormente con correctivos o complementos a la ya desarrollada jurisprudencia, la cual salvó sus características originales y su propia estructura de fuentes. No obstante lo expuesto, en la actualidad la ley y los reglamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) tienen una funcionalidad diferente y más importante, como en la Europa continental, aunque conservan su estatus secundario¹⁵⁰.

A diferencia de la jurisprudencia de los países de la tradición de la codificación del derecho escrito, donde la jurisprudencia cumple el rol secundario de “*non exemplis sed legibus judicandum est*” (Corpus juris civilis de Justiniano), el *Common Law* como derecho jurisprudencial crea reglas de derecho cuya obligatoriedad (*stare decisis*) se manifiesta por la creación de los jueces y el mismo respeto de los precedentes judiciales como pilar del sistema de derecho jurisprudencial. Con la regla del precedente (*rule of precedent*) se impone una fuerza gravitatoria a las decisiones precedentes, con lo cual se busca eliminar las falencias de cohesión de precedentes¹⁵¹.

concepción tradicional inglesa no es considerada como un modo de expresión normal del derecho. Se presenta siempre como un cuerpo extraño al Common Law. Los jueces la aplican, pero la norma que contiene la ley sólo se verá plenamente incorporada al derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los tribunales y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación. En otras palabras, se tenderá a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino las sentencias en que se haya aplicado dicho texto legal, por lo tanto, hasta que una nueva ley haya pasado por el tamiz de la jurisprudencia de los tribunales, no constituye parte verdadera del derecho. A partir de este siglo y sobre todo al final de la Segunda Guerra Mundial se han multiplicado las leyes que regulan las relaciones de los particulares con la administración. Las leyes que aportan modificaciones de detalle o que tratan de ordenar las ramas tradicionales del derecho inglés siguen siendo aplicadas e interpretadas según los moldes tradicionales, en cambio las leyes que tratan de reconstruir, en el plano económico o social una nueva sociedad, constituyen elementos tan extraños al sistema tradicional que, en lo que se refiere a estas leyes, no cabe pensar aplicar los principios de interpretación tradicionales en Inglaterra. Entre éstas se encuentran, por ejemplo, las que establecen instituciones de seguridad social, reformas al sistema de educación o de salud. No existe en Inglaterra una constitución escrita dotada de un valor superior a la ley ordinaria que esté codificada y contenida en un solo documento, lo que los ingleses llaman constitución es el conjunto de normas, de origen legislativo y más frecuentemente jurisprudencial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos y que ponen límites al arbitrio de las autoridades. El conjunto de normas definidas en una serie de leyes, de reglamentos y de costumbres no están codificadas, ninguna de estas disposiciones superpuestas a través de los siglos desde la Carta Magna de Juan sin Tierra tiene valor constitucional, es decir, ninguna se impone al legislador, el parlamento las puede modificar libremente.”. SIRVENT, Consuelo, “Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Óp. cit., pp. 93-94.

¹⁵⁰ DAVID, René y otro, “Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Óp. cit., p. 255.

¹⁵¹ Ibidem, p. 265.

El trascendencia y condición pragmática de la regla del precedente atiende a las decisiones emitidas por la Cámara de los Lores (*House of the Lords*) y la *Supreme Court of Judicature*, y constituye precedentes obligatorios para toda jurisdicción. Por otro lado, las resoluciones emitidas por la *Court of Appeal* (Corte de Apelación) tienen obligatoriedad para las jurisdicciones inferiores. Las resoluciones pronunciadas por un juez de la *High Court of Justice* se aplican a las jurisdicciones inferiores sin ser estrictamente obligatorias dado que tienen la capacidad de inducir su valoración. También suelen ser acogidas por las segmentaciones de la *High Court of Justice* y por la *Crown Court*¹⁵².

El operador jurídico inglés, en la práctica, trae a colación la resolución que contiene las reglas y los principios del derecho inglés, cuyos métodos generales terminan excediendo el marco referencial del proceso. No obstante, la aplicación de la regla del precedente” requiere que se examinen los comentarios de las resoluciones judiciales, de manera que las *reasons* (razonamientos) planteados por el juez, motivación o consideraciones (*obiter dictum*) y la fundamentación de la sentencia, componen la regla de derecho jurisprudencial que debe tender hacia el futuro (*ratio decidendi*). Respecto de la teoría de las distinciones (*distinguishing*), ésta permite que no se petrifique el derecho y, en su lugar, permite un ajuste evolutivo. Se hace patente cuando el despliegue de *reasons* se limita sólo a las consideraciones de hecho del caso concreto, es decir, que la *ratio decidendi* está construida por *obiter dicta*; con lo cual se da lugar a que se pueda sustraer el juez de aplicar el precedente, siempre y cuando los hechos que justificaron la creación de la regla de derecho, en el caso anterior, pueden diferir de los hechos del caso concreto sobre el cual se va a decidir¹⁵³.

Otra aplicación de la regla del precedente se relaciona con la ley (*statute law*) en cuanto la interpretación de la ley, cuya superlatividad se sobrepone a la de los textos

¹⁵² Ibidem, p. 266.

¹⁵³ Ibidem, p. 267.

legales. Sin embargo, con la *Human Rights Act* 1998, cambió la regla de la interpretación dado que, en virtud de la Convención en lo futuro se debe decidir de conformidad con los derechos de la *Human Rights Act* y observando la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre. Con esto se da curso a un camino de flexibilización que habilita tomar una interpretación diferente, incluso si ésta proviene de Corte superior o de igual jerarquía¹⁵⁴.

2.2. Common Law en los Estados Unidos de América

Con respecto al *Common Law* en los Estados Unidos de América, podemos iniciar refiriendo que hay un sistema federal y cincuenta sistemas legales estatales, los cuales comparten instituciones jurídicas y procedimientos de esta tradición jurídica. La propagación de la tradición jurídica inglesa impactó la formación del derecho en Estados Unidos, junto con una influencia diferenciada de la Ilustración europea. En cuanto su formación constitucional y el *judicial review* tendrá una importante influencia entre latinoamericanos y europeos.

Igualmente, el juez estadounidense representará una fuerza progresista al lado de un individuo rebasado por el latente abuso del poder del legislativo y el ejecutivo, donde la influencia sobre el devenir del derecho en sí representará una institución familiar y apreciada que aceptará atribuciones de los tribunales, como la coacción del cumplimiento de obligaciones legales a funcionarios (*mandamus*) o la posibilidad de increpar la ilegalidad de un acto ejecutado por un funcionario (*quo warranto*)¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Ibidem, pp. 268-269.

¹⁵⁵ “En el mundo del derecho común estamos habituados a la revisión judicial de la acción administrativa y en los Estados Unidos se acepta, sin serio cuestionamiento, el poder de los jueces para declarar inválida la legislación inconstitucional. Sabemos que nuestros jueces ejercen facultades de interpretación muy grandes, aunque sea legalmente válido el estatuto o la acción administrativa aplicable. No nos gusta usar frases dramáticas tales como “la supremacía judicial”, pero cuando nos vemos presionados, tenemos que admitir que ésta es una descripción correcta del sistema de derecho común, sobre todo en los Estados Unidos. Sabemos también de dónde vienen nuestros jueces. Sabemos que asisten a la escuela de derecho y luego siguen carreras exitosas en la práctica privada o en el gobierno, con frecuencia como fiscales. Son designados o elegidos para puestos judiciales de acuerdo con diversos factores que incluyen el éxito en la práctica, su reputación entre sus colegas abogados y la influencia política. La designación o elección para la judicatura llega como una especie

La disimilitud entre la elaboración de leyes y la producción de decisiones judiciales como fuente del derecho al estilo tradicional inglés es relativa al contexto de los estados norteamericanos. En todo caso, lo que se espera es que los jueces interpreten y apliquen el espíritu de la ley promulgada¹⁵⁶. Los tribunales de los Estados Unidos tienen a la regla formal de *stare decisis* como una doctrina obligatoria. No obstante, con la distinción de los casos, puede que no sigan el precedente en algunas ocasiones por existir condiciones materiales diferentes, lo cual da lugar a la posibilidad de revocar sus propias decisiones del pasado¹⁵⁷.

La certeza jurídica en este contexto tiene tres escenarios diferenciadores. En primer lugar, se relaciona con una dimensión funcional, donde la gente debe conocer sus derechos y obligaciones, de tal manera que estén en la capacidad de pensar sus acciones con un grado de confianza respecto de las consecuencias legales. En segundo lugar, tiene la fuerza vinculante de las decisiones judiciales a través de la acumulación de precedentes en el tiempo, con lo cual hay ejemplos concretos y detallados de las reglas legales que están siendo usadas¹⁵⁸. En tercer lugar, tiene una dimensión de principio jurídico, cuyo efecto práctico en la interpretación de la legislación es blindarse contra la incertidumbre¹⁵⁹.

En cuanto del derecho norteamericano, ya hemos dicho que comparte el tronco inglés, cuya fórmula considera el derecho eminentemente jurisprudencial. Por ello, respecto de su estructura, se comparten categorías análogas como *equity*, *torts*,

de coronación en un momento relativamente avanzado de la vida. Es una forma de reconocimiento que trae consigo respeto y prestigio. El juez está bien pagado y si ocupa los estratos judiciales más altos tendrá secretarios y ayudantes de investigación. Si ocupa un puesto en el tribunal superior de un estado o un escaño elevado en el poder judicial federal, es posible que su nombre sea ampliamente conocido. Sus opiniones se discutirán en los periódicos y se analizarán y criticarán en las publicaciones legales especializadas. Será una persona muy importante.” Ibidem, p.42.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 36.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 53.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 55.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 56.

bailment, trusts, entre otras¹⁶⁰. Respecto de la legislación, un abogado promedio no percibe en ella una regla, dado que sobre la base de la interpretación y uso de las cortes las decantan en los precedentes por las referencias dentro de éstos.

Inclusive, en los casos en que hay una ley virtualmente aplicable al caso, si no existe un precedente la tradición diría simplemente “*There is no law on the point*”, es decir, no existe derecho aplicable en la especie. No obstante, el elemento diferenciador con el *Common Law* inglés está en el derecho federal y de los estados¹⁶¹. Este sistema legal federal, se comprende a través de las competencias entre la organización federal y los estados, la cual está delimitada en la Décima Enmienda Constitucional, la cual señala que “*las atribuciones que la Constitución no ha delegado a los Estados Unidos ni prohibido a los Estados, quedarán reservadas a los Estados respectivamente o al pueblo.*”¹⁶².

Así las cosas, el gobierno nacional comparte el poder con los estados que integran la federación, con lo cual se entiende que participa también de la facultad de crear el derecho, cuya tradición político-cultural construye una visión de derecho local. Esto da cuenta de una idiosincrasia jurídica diversa que impide considerar su uniformidad, salvo en lo que concierne al orden jurídico federal. Pero esta estructura es más compleja, dado que existe un tercer nivel relacionado con las ciudades y los condados. El poder público nacional se compone del poder legislativo, cuyo órgano principal es el congreso; el poder ejecutivo, el cual se compone de básicamente de presidente, vicepresidente y los departamentos gubernamentales o agencias administrativas, y el poder judicial representado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y tribunales federales. Por otro lado, respecto de los estados, hay una legislatura local, un ejecutivo encarnado en el gobernador y las agencias

¹⁶⁰ DAVID, René y otro, “*Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, Óp. cit., p. 291.

¹⁶¹ *Ibidem.*, p. 291.

¹⁶² MORINEAU, Marta, “*Una Introducción al Common Law*”, Óp. cit., pp. 82-83.

administrativas del orden estatal y los tribunales locales, divididos en una suprema corte del estado, un tribunal de apelación y los tribunales de primera instancia¹⁶³.

En Estados Unidos de América es difícil considerar un *Common Law* federal, dado que los cincuenta sistemas de derecho estatales, aunque muy cercanos, no son completamente uniformes. Este aspecto parece haber sido superado con el precedente *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, con el cual se busca armonizar el *Common Law* norteamericano. Cada estado tiene reservada la función de precisar y desarrollar el *Common Law*, en aquellos tópicos que no le competen al Congreso, de manera que la armonización del derecho norteamericano se lleva a cabo mediante el acercamiento de los sistemas de derecho de las cincuenta entidades federativas¹⁶⁴.

Respecto de las fuentes de derecho norteamericano, debemos partir del hecho que su sistema judicial está soportado en *law cases*, por lo cual los operadores jurídicos deben seguir la regla del precedente (*stare decisis*) en casos similares. Sin embargo, tenemos como fuente adicional a la jurisprudencia la legislación (*state law*), que tiene varios componentes en cuanto niveles y orígenes de su expedición.

En la legislación norteamericana existen leyes federales¹⁶⁵ (nacional) y leyes estatales (local), pero quien tiene el mayor nivel de superlatividad es la Constitución, incluso sobre las constituciones estatales¹⁶⁶, las cuales son la máxima norma dentro

¹⁶³ Ibidem, pp. 85-87.

¹⁶⁴ DAVID, René y otro, "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Óp. cit., pp. 300-301.

¹⁶⁵ "Las leyes del Congreso, como los tratados, están supeditadas sólo a la Constitución; las leyes federales son expedidas por el Congreso por disposición de la Constitución. Las leyes promulgadas son designadas con el nombre de acts o statutes. Al cerrarse el período de sesiones las leyes aprobadas por el Congreso se publican en un volumen oficial llamado *Unites States Statutes at Large* que como ya se dijo anteriormente es la publicación oficial del gobierno federal en los Estados Unidos en las que aparecen editadas en forma impresa y por orden cronológico las leyes expedidas por el Congreso." SIRVENT, Consuelo, "Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Óp. cit., p. 128.

¹⁶⁶ "Antes de la independencia de los Estados Unidos, cada una de las trece colonias inglesas tenía una carta política, o concesión, otorgada por el monarca inglés. Al declarar su independencia como estados libres, se dio una transformación en la forma de gobierno; varios de los estados procedieron a reformar sus antiguas cartas y adecuarlas a la nueva situación política, expidiendo sus constituciones locales escritas, antes de que se elaborara la Constitución general de la república. Las constituciones estatales en los Estados Unidos fueron

de los estados y están supeditadas a la legislación federal. Asimismo, la Constitución de los Estados Unidos prescribe la forma de expedir las leyes y las condiciones de adhesión de los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal, cuya jerarquía es igual que las leyes federales, y subordinación total a la Constitución¹⁶⁷.

La doctrina es otra fuente de derecho, entendida como la suma de principios presupuestados por juristas, sobre la base de estudios relacionados con el derecho positivo y las reglas jurídicas que le interpretan, para sí comentar el derecho. Las revistas de las mejores universidades jurídicas, como *Harvard Law Review* y *Yale Law Journal*, así como las colecciones de sentencias comentadas o trabajos de calidad utilizados por éstas, dan cuenta del cuerpo que forma a la doctrina¹⁶⁸.

En cuanto a la codificación del derecho, en el sistema norteamericano ha tomado una importancia creciente, teniendo en cuenta la abundancia del derecho legislado, por lo cual se ha iniciado un proceso de acopio por medio de compilaciones oficiales y privadas de la legislación, tanto a nivel federal, como a nivel de los estados, aunque sólo se busca reunir y consolidar la legislación vigente y no sistematizar reglas al estilo europeo o latinoamericano¹⁶⁹.

Acerca de la presentación de la fuente de la jurisprudencia, podemos anotar que en términos jerárquicos se encuentra al nivel de una ley, con un dote de fuerza vinculante. La regla *stare decisis* tiene un rol central dentro del sistema legal, ya que su objetivo principal se relaciona con la garantía de seguridad jurídica a la vez que

creadas en una forma semejante, pues las posteriores han seguido los lineamientos y estilo de las anteriores; en todas ellas se establecen los tres poderes y un plan de gobierno igual. Las constituciones estatales son más amplias y detalladas que la federal, por lo que requieren enmiendas con más frecuencia; todas tienen una Declaración de Derechos (Bill of rights). En la formación y promulgación de una constitución estatal el gobierno federal no ejerce ninguna autoridad sobre el pueblo del estado que la expide, con la única salvedad de que la Constitución federal dispone que cada estado mantendrá la forma republicana de gobierno.”. Ibidem, pp. 128-129.

¹⁶⁷ Ibidem, pp. 127-128.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 130.

¹⁶⁹ MORINEAU, Marta, “Una Introducción al Common Law”, Óp. cit., pp. 91-92.

concilia las formas de emplear el derecho por parte de los estados, con lo cual flexibiliza el carácter rígido de origen inglés. Por ello los precedentes en las jurisdicciones estatales son autorreferentes y vinculantes.

En las jurisdicciones federales la fuerza de gravedad del precedente se observa en los precedentes de la jurisdicción que les es propia, así como en aquellos de las jurisdicciones superiores del mismo circuito¹⁷⁰. De igual modo, otro elemento elongador se manifiesta mediante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y las Cortes Supremas de Justicia Estatales, puesto que no están atadas por sus fallos al poder revertir su propia jurisprudencia. En el caso específico de los estados, en virtud de su condición soberana derivada de Décima Enmienda Constitucional, la regla de la *stare decisis* se ejecuta en lo que concierne a la competencia a los estados¹⁷¹.

Visto todo lo anterior, sucintamente podemos señalar que El *Common Law* como tradición jurídica está condicionada por su desarrollo a través de la historia, lo cual lo define ontológicamente y lo relaciona con la forma en que teórica y

¹⁷⁰ DAVID, René y otro, "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Óp. cit., p. 314.

¹⁷¹ "Las reversiones de jurisprudencia son frecuentes en cuanto se refiere a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Estas reversiones se explican fundamentalmente, por la forma tan flexible en que la Corte concibe la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos. Por lo que concierne a las Supremas Cortes de Justicia de cada entidad federativa, las reversiones de su jurisprudencia se explican en forma diversa; se deben en mayor medida, a la presión de la opinión de los juristas, y al deseo de alinear el derecho de cada entidad federativa, al pensamiento dominante que puede provenir de otra entidad federativa, y con ello restablecer así en su conjunto la unidad del common law en el derecho de los Estados Unidos de América. La posibilidad que ha tenido la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de revertir su propia jurisprudencia es un aspecto fundamental. Le ha permitido a la Suprema Corte ir adaptando su interpretación de la Constitución de los Estados Unidos a las diversas corrientes de pensamiento y a las necesidades económicas del mundo moderno; con ello ha asegurado para sí misma, la estabilidad de las instituciones políticas americanas, y ha permitido a los Estados Unidos poder transitar en el transcurso del tiempo con una Constitución que sólo puede ser modificada con una extrema dificultad. En esa forma, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos pudo, en virtud de la posibilidad de revertir su jurisprudencia, neutralizar la hostilidad que había suscitado en la sociedad norteamericana antes de 1936, por su vinculación a los principios de un liberalismo obsoleto. La política de la Suprema Corte de Justicia puede variar con el tiempo y por la autoridad de su presidente. Así, después de 1937 la Suprema Corte, de manera constante, extendió la competencia de la Federación, por la interpretación que hizo de la cláusula de comercio entre entidades federativas. Desde hace algunos años, un movimiento inverso se ha podido identificar, restringiendo la posibilidad para el Congreso Federal de intervenir en ámbitos que se atribuyen a la competencia de las entidades federativas. De igual manera en épocas recientes, ocho leyes aprobadas por el Congreso Federal fueron declaradas inconstitucionales, ya que transgredían el principio soberano de las entidades federativas prescrito por la Constitución.". Ibidem, pp. 315-316.

operativamente se proyecta el derecho en la sociedad, puesto que la tradición jurídica direcciona al sistema jurídico dentro de una visión cultural que se materializa en instituciones, procedimientos y reglas legales. Igualmente, pudimos apreciar que en Estados Unidos los sistemas jurídicos en cada estado se encuentran separados y diferenciados. Por lo tanto, hay una relación directamente proporcional entre sistemas legales y estados, donde se disputa la primacía de las fuentes relativas al derecho común, pero en un sentido práctico que da lugar al cómo debe crearse, usarse, aprenderse y enseñarse el derecho.

3. Cortes Supremas Estadounidenses

En este aparte se tratará de hacer un recorrido por los más relevantes periodos de la Corte Suprema de los Estados Unidos a la vez que se analiza los casos de control constitucional más sensibles, con respecto a los derechos individuales concretos a través de la identificación de su visión histórica y su desarrollo jurisprudencial.

3.1. La Corte Suprema de los Estados Unidos y el control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad que cultiva la Corte Suprema de los Estados Unidos, no se limita únicamente a las leyes federales o las leyes estatales, sino que su ejercicio trasciende a todas las jurisdicciones del *Common Law*, de manera que todas las decisiones judiciales son susceptibles de ser revisadas y, en consecuencia, revocadas. Con esto se quiere honrar una tradición constitucional que privilegia unos principios fundamentales¹⁷² que permiten una visión uniforme

¹⁷² "Se puede mencionar en este espacio lo dispuesto por la sección octava, del artículo primero de la Constitución, que permite al Congreso Federal establecer Impuestos para el bien general (for the general welfare) de los Estados Unidos, y de reglamentar el comercio exterior con países y entre las diversas entidades

del derecho. Sin embargo, la historia indica que, la interpretación que la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la Constitución tiene un carácter flexible, pero elocuente respecto de los límites entre el derecho federal y el derecho de los estados¹⁷³.

Un ejemplo de un principio que ha contribuido a controlar el nivel estatal es el debido proceso prescrito en la Quinta Enmienda y Decimocuarta Enmienda de la Constitución, las cuales estipulan que, ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad o de sus bienes sin un debido proceso (*without due process of law*)¹⁷⁴.

Asimismo, el *Equal protection of the law* o la igualdad frente a la ley inscrita en la Décima Catorceava Enmienda Constitucional¹⁷⁵, ha sido un principio de difícil y diversa aplicación, dado que la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que en lo

federativas de la Unión Americana (interstate commerce). De la misma manera debe ser mencionada la quinta enmienda, que dispone que ninguna persona podrá ser privada de su vida, de su libertad o de sus bienes sin que las formas legales que se imponen hayan sido observadas (without due process of law), fórmula que también se contiene en la catorceava enmienda, concerniente a las limitaciones de los poderes que le han sido atribuidos a las entidades federativas. La misma catorceava enmienda prohíbe igualmente a las entidades federativas negarle a cualquier persona, que se encuentre dentro del ámbito de su soberanía, la igualdad frente a ley (the equal protection of the law). La decimoquinta enmienda proclama que ni los Estados Unidos ni ninguna Entidad Federativa pueden suprimir o limitar los derechos de los ciudadanos por razones de raza, de color, o de su antigua condición de esclavos. El artículo primero, sección novena de la Constitución prohíbe al Congreso aprobar leyes con efecto retroactivo (ex post facto). El artículo primero, sección décima, prohíbe a las entidades federativas perturbar las obligaciones resultantes de contratos (to impair the obligation of contracts). Ibidem, p. 319.

¹⁷³ Ibidem, p. 320.

¹⁷⁴ "Al respecto se pueden mencionar otros dos ejemplos. En el precedente, *Gideon v. Wainwright*, pronunciado en 1963, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, revirtió una jurisprudencia, y determinó que una ley del Estado de Florida transgredía la garantía del debido proceso (*due process of law*) al negarle el derecho a la asistencia gratuita de un abogado a un inculcado indigente que corría el riesgo de una pena de prisión de cinco años. En otro precedente *Roe v. Wade*, pronunciado en 1973, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos determinó como inconstitucional la disposición de una ley de una Entidad Federativa que castigaba con sanciones penales a la mujer abortara: la libertad contenida en la quinta y decimacuarta Enmiendas contienen, conforme al criterio de la Corte, el derecho de conducir su vida privada conforme al libre albedrío de cada quien (*right of privacy*) y en particular el derecho de la mujer de interrumpir libremente su embarazo al menos en los tres primeros meses." Ibidem, p. 322.

¹⁷⁵ "Si se atiende a la gente de color, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos inició su interpretación bajo el principio "separados, pero iguales": la exigencia de la Constitución estaba satisfecha, si en la educación, la asistencia pública, los transportes, entre otros, un mismo régimen se aplicaba tanto a Negros, como a Blancos, siempre que se mantuviera, para unos y para otros escuelas, hospitales y autobuses separados. El principio de segregación está sin embargo en la actualidad totalmente desechado: la igualdad de todos frente a la ley, tal como se le concibe, exige que las leyes sean colorblind, que eliminen cualquier consideración de color, de raza o de religión de los ciudadanos." Ibidem, p. 323.

relacionado con la educación la aplicación de este principio debe ser gradual. Otros casos son la negativa discriminación injustificada mujeres y hombres y el caso de la igualdad en la filiación de los hijos nacidos de matrimonio y fuera de matrimonio.

Por otro lado, sabemos que 1790 inicia la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y con ella se establece el *judicial review* o control difuso con el cual se fija el estudio de compatibilidad de la ley frente a la constitución. Está atribución la podrá desplegar el juez ordinario, sobre el argumento de que las leyes están sometidas a la constitución (*Higher law*), de manera que el juez que se arroga esta empresa edifica jurisprudencialmente un *Common Law* que garantiza la constitución y no la voluntad del parlamento.

El *judicial review* como control latente, se puede caracterizar por una función de profundidad, donde cualquier juez inaplica una ley por inconstitucional. Para que proceda es necesario que se trate de caso concreto, ya que los análisis de casos abstractos resultan improcedentes y, por tanto, son desechados. Se fundamenta en condiciones presente fácticas, de manera que opera la inaplicación de la Ley que se considera inconstitucional para el caso concreto si no se han dado las condiciones materiales del caso. No se conjetura sobre la base de supuestos.

Con relación a los efectos, el fallo se aplica con efecto *inter-partes*¹⁷⁶, puesto que en el caso de la inaplicación por inconstitucional, la ley se mantiene vigente y obligatoria para el resto de los casos, salvo que la Corte Suprema de los Estados Unidos le conceda *erga omnes*. Pero es la regla del *stare decisis* quien mantiene a los casos similares con soluciones similares, de manera que su sustrato lo constituyen una fuerte argumentación y la consideración del precedente por parte del juez.

¹⁷⁶ El problema de efectos inter-partes es que no existe una interpretación homogénea de la constitución. Aunque una norma se haya declarada inconstitucional varias veces, sino se ha declarado por la Corte Suprema, es vinculante la norma, porque no está concentrada.

Por último, anotamos que la Corte Suprema a través de sus diecisiete cortes desde 1789, ha actualizado y dado contexto a la constitución, aportando su visión histórica y dando evolución a la jurisprudencia constitucional (*binding precedent*). El *writ of certiorari* es el medio para llegar a la corte, donde los fallos recurridos se estudian a la luz del juego de la interpretación de la constitución. Ningún tema fuera del *certiorari* se estudia por la corte, y este recurso permite decidir sobre cuestiones que son dignas de ser interpretadas. No existe obligación de fallar en una lista de asuntos. Generalmente se falla sobre casos novedosos y de relevancia constitucional.

3.2. Los tres últimos periodos de la Corte Suprema de los Estados Unidos

En este punto nos referiremos a elementos importantes relacionados con la reivindicación de derechos individuales por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente en el periodo de las tres últimas cortes.

El ejercicio de control constitucional se extiende a todas las jurisdicciones del *Common Law*, con lo cual se persigue la homogeneidad y coherencia del sistema jurídico. Igualmente, el desarrollo del control judicial ha demostrado y formado una denodada flexibilización de la Constitución, pero pretendiendo uniformidad entre las jurisdicciones y sistemas jurídicos de este estado federal.

Hasta aquí debemos resaltar que la base de las importantes decisiones que estudiaremos en este aparte, cuando han tendido a la progresividad, lo han hecho bajo el resguardo del debido proceso y la igualdad frente a la Ley, ambos tomados de la Constitución, pero en un sentido de orientación por principios y la argumentación que da lugar a la construcción del peso de los argumentos para el caso en difícil en concreto, el cual de acuerdo con Dworkin tiene una respuesta correcta, que debe ser hallada.

El periodo Warren significó una sorpresa para el presidente Eisenhower, ya que se esperaba que el juez Earl Warren fuera un conservador, pero en el caso de segregación *Brown v. Board of Education*, el de un niña negra que no le suministraban servicio de transporte, se determinó que causaba segregación y una afectación psicológica de subalternidad a los blancos. Se trataba de una clara situación inconstitucional, donde la educación pública, la doctrina de “separado pero igual” no tiene lugar, teniendo en cuenta la igual protección de las leyes garantizadas por la Decimocuarta Enmienda. Otro caso relevante fue la revisión de *Engle v. Vitale*, allí la Corte Suprema declaró que ningún estado puede prescribir ceremonias religiosas en sus escuelas, dado que la Constitución se interpone entre el gobierno y el altar¹⁷⁷.

La Corte Burger en comparación con la Corte de Warren fue más conservadora. Se pueden resaltar casos sobre libertad religiosa y las escuelas públicas. Un caso se relaciona con tres familias Amish en Wisconsin que invocaron la garantía de libertad religiosa argumentado la negativa de enviar a sus hijos a la escuela pública más allá del octavo grado en que la educación secundaria moderna era contraria a la religión Amish y una amenaza para la salvación de sus hijos. Aquí la Corte manifestó que los Amish han demostrado de manera convincente la práctica de sus creencias, por lo tanto, los niños después de completar la escuela primaria podrían formarse tradicionalmente en casa¹⁷⁸.

Otro caso relacionado con las escuelas tuvo lugar en 1970, cuando el Servicio de Impuestos declaró que las escuelas privadas que discriminaban a personas de raza negra ya no podían reclamar el estatus de exento de impuestos. La Escuela Cristiana Goldsboro argumentó que sus políticas se basaban en creencias religiosas, a lo cual la Corte dictaminó que la Primera Enmienda no impide la

¹⁷⁷ The Supreme Court Historical Society, “*The Warren Court, 1953-1969*”. Disponible en: https://supremecourthistory.org/timeline_court_warren.html

¹⁷⁸ The Supreme Court Historical Society, “*The Burger Court, 1969-1986*”. Disponible en: https://supremecourthistory.org/timeline_court_burger.html

negación del estatus de favorecido por los impuestos. De manera que la eliminación de la discriminación racial en la educación supera de suyo cualquier carga impuesta al libre ejercicio de la religión¹⁷⁹.

Otra temática relevante atendida durante esta corte fue la del aborto, al decidir sobre *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton* no se consideraron válidos los estatutos prohibitivos de Texas y Georgia, y las leyes de aborto de muchos otros estados. Las consideraciones de la Corte Suprema se basaron en que un estado debe dejar la decisión sobre el aborto a la mujer sobre la base de la privacidad. Acompañada por médico, y sólo para la etapa en que comienza el cuarto mes, el estado puede establecer regulaciones razonablemente relacionadas con la salud materna. Posteriormente, para la etapa posterior a la viabilidad, alrededor del séptimo mes, el estado puede prohibir el aborto a menos que la salud de la madre esté en peligro¹⁸⁰.

La Corte Rehnquist no cambió su orientación de moderada a liberal como lo hizo la Corte de Warren, o de moderada a conservadora como lo hizo la Corte de Burger. Mantuvo y fortaleció la orientación conservadora. Sin embargo, un caso relevante lo representa la quema de la bandera en 1989. En *Texas v. Johnson*, la Corte Suprema confirmó que la Primera Enmienda protege incluso las formas de discurso más impopulares, incluido el discurso visceralmente desagradable.

En otro caso rechazó una ley estatal que prohibía a los vendedores de bebidas alcohólicas anunciar el precio de las bebidas alcohólicas como una restricción inconstitucional a la publicidad veraz y no engañosa. En 1996, la Corte decidió que el Instituto Militar de Virginia debía abrir sus puertas a las mujeres. En el caso *Clinton v. Jones* tuvo que determinar si un presidente en ejercicio es inmune a las

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

demandas privadas que buscan daños y perjuicios derivados de actos no oficiales que ocurrieron antes de que asumiera el cargo¹⁸¹.

Finalmente, se debe consignar que, las orientaciones ideológicas de los tribunales han oscilado de posturas progresivas a moderadas y conservadoras. Esta oscilación jurisprudencial muestra la necesidad de un desarrollo coherente y apoyado en principios que no tenga sesgos discrecionales, sino que dé lugar a la obtención de decisiones ampliamente justificadas y apoyadas en principios que garanticen la seguridad jurídica.

3.3. Dworkin y el precedente

Para cerrar este capítulo, observaremos en esta sección una presentación de Dworkin acerca de su visión en el campo judicial y el precedente en el haber del contexto de los Estados Unidos, pero muy afincado en el constitucionalismo y los elementos que intervienen en el desarrollo operativo de la decisión judicial. Éstas constituyen las condiciones para una respuesta correcta en términos de progreso moral y equilibrio entre el activismo judicial y el restriccionismo judicial; así como en un sentido ideológico entre el originalismo histórico y un utilitarismo que justifica la discrecionalidad.

Dworkin asemejó las decisiones judiciales a una narrativa de una novela en cadena, donde las decisiones en el contexto del *Common Law* dan lugar al acopio de precedentes en una historia que honra una tradición constitucional cuya fuerza gravita en la regla del precedente que ata a los operadores jurídicos. Por otro lado, si se está en el contexto de un caso de distinción, hay una brecha nueva que permite abordarla, pero sin abandonar el vínculo de la historia que une pasado con presente

¹⁸¹The Supreme Court Historical Society, “*The Rehnquist Court, 1986-2005*”. Disponible en: https://supremecourthistory.org/timeline_court_rehnquist.html

en una tradición de sentido en cuanto valor, con una carga de hacer la mejor versión constructiva de la respuesta correcta posible en ese caso.

Como ya vimos supra, el rechazo de la creación del derecho se justifica en la trasgresión a la seguridad jurídica y la confianza en la certeza jurídica; por ello, el derecho en los *hard cases* se halla en la construcción de las premisas del caso bajo la metodología de la *chain novel*, que da cuenta del deber de encontrar la mejor justificación en el contexto de una tradición coherente. Al igual que un oficial del ejército, el juez se encuentra en una situación similar a la de la elección de soldados con experiencia¹⁸². Veremos este ejemplo más adelante.

El operador jurídico, cuando interpreta busca coherencia dentro de los linderos que ofrece la tradición, como la responsabilidad de un juez Herculeano que está obligado por el deber de aplicar el criterio de los principios ofrecidos por la *political morality*. Aún en los casos en que se manejan categorías de la constitución abstractas o generales, la Corte Suprema debe acudir a principios, en lugar de sus concepciones propias de justicia o equidad.

El hecho de que sean categorías generales no significa que se deban entender como vagas y así introducir discrecionalidad. Los casos de segregación se resolvieron sobre la base de principios del debido proceso y trato igual. De haber concedido crédito a una versión originalista o textualista estricta no se le hubiera dado espacio al reconocimiento de derechos a minorías afectadas, tal y como lo quería el expresidente Nixon a través de las diatribas a la Corte Warren y la promoción conservadora de iguales pero separados¹⁸³.

En estos casos de fondo hay un problema moral de principio. Dworkin lo contrasta al analizar las formas de adjudicación basadas en el activismo judicial y el

¹⁸² DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 89.

¹⁸³ Ibidem, pp. 209-217.

restriccionalismo judicial¹⁸⁴. Para entender este planteamiento, es importante conocer la concepción de Dworkin de los derechos morales. Según él un hombre tiene un derecho moral en contra del Estado si por alguna razón el Estado hiciera mal tratándolo de cierta manera, aun cuando al hacerlo así, favoreciera el interés general, por ejemplo, en los casos de segregación y educación, si un niño negro tiene derecho moral a recibir igual educación, está mal que el Estado no le proporcione esa educación sobre el argumento de que la comunidad como tal sufre por ello¹⁸⁵.

Asimismo, formula la pregunta por la democracia y las competencias de los poderes, ya que está abierta la pugna entre un cuerpo judicial vitalicio que podría entenderse que legisla, frente a legisladores nacionales y estatales que recogen en teoría la visión de los electores que representan la mayoría.

Los principios son la forma de razonabilidad frente a los historicistas originalistas y los textualistas conservadores, ya que si los constituyentes hubieran querido mantener en el tiempo una sola visión de derecho respecto de concepciones abstractas así lo hubieran fijado. Igualmente, los principios descansan en la tradición del constitucionalismo norteamericano, donde el juez representa un bastión en contra de las mayorías que menoscaban los derechos individuales de las minorías¹⁸⁶.

¹⁸⁴ “El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente «vagas» con el ánimo que he descrito, a pesar del tipo de razones concurrentes que mencioné. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el presidente. (Esto es plantear el programa en su forma más fuerte ; en realidad quienes lo apoyan lo restringen, generalmente, de manera que por el momento no tendré en cuenta.).El programa de restricción judicial, por el contrario, sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario. (También en este caso el programa esta expresado en su forma fuerte, y quienes practican dicha política lo restringen de diferentes maneras.)”. Ibidem, p. 217.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 219.

¹⁸⁶ Ibidem, pp. 223-224.

Dworkin rechaza cualquier trasgresión de la individualidad en beneficio del bienestar social general, pues la libertad y los derechos en general son triunfos, hitos, que como idea política están inmersos en la práctica constitucional norteamericana y que enfrentan al utilitarismo, pues las condiciones de bienestar individual pueden negarse por argumentos colectivos. Aquí vale aclarar que el autor no niega los derechos de bienestar, pues su teoría sigue una línea de pensamiento liberal igualitario que abrevia en los presupuestos de libertad e igualdad Rawlsianos¹⁸⁷.

En este contexto, Dworkin recuerda al juez Marshall en su decisión en el contexto de *Marbury v. Madison*, el famoso y primer antecedente en el que la Corte reivindicó la revisión al legislativo en función de la preservación de los estándares constitucionales. El argumento habita en la supremacía constitucional, y con ello se pueden declarar las leyes inaplicables a través de tribunales en general, y nulas en última instancia jurisdiccional. Para el caso de los Estados Unidos no es ingenuo tomar esta posición, dado que no hay una mayoría estable para la asunción de decisiones políticas. Lo que en verdad acontece es un montón de instituciones políticas diferentes, con circunscripciones y composiciones cambiantes a través del tiempo, que no responden a principios sino a compromisos axiológicos y teleológicos¹⁸⁸.

Dworkin en la década de 1970, refiriéndose a la Corte Warren señaló que la *Rule of Law* no estaba en absoluto amenazada por las acciones de la Corte Warren. Argumentó que el inconveniente con la postura activista de presentar nuevas interpretaciones constitucionales radica, propiamente, en considerar que el derecho

¹⁸⁷ “Debo agregar (aunque sea una mera repetición de lo que está explícitamente dicho en el libro) que la teoría de los derechos que presento no niega que algunos derechos sean más importantes que otros. Ningún supuesto derecho es tal (desde mi punto de vista) a menos que invalide por lo menos un caso marginal de una justificación colectiva general; pero un derecho es más importante que otro si alguna justificación colectiva especialmente dramática o urgente, que supere ese umbral, es capaz de anular al segundo, pero no al primero”. Ibidem, p. 493.

¹⁸⁸ Ibidem, pp. 225-227.

consiste solamente en reglas. El derecho consta de principios morales inmanentes que respaldan a las reglas y los casos. Dichos principios morales están presentes incluso cuando no de la forma que previamente se han declarado, puesto que en ese contexto del caso difícil pueden hallarse sus principios y pesos¹⁸⁹.

De acuerdo con la perspectiva de Dworkin, el sistema legal de los estadounidenses en un sentido amplio constituye un esquema coherente integrado por reglas y principios que reflejan la moral y la visión de la comunidad política. Los jueces deciden en el campo judicial acudiendo a principios, pero no en un sentido político, puesto que éstos están en el sistema legal o en el derecho institucionalmente generado por el proceso democrático¹⁹⁰. En este sentido las decisiones de la corte Warren son correctas y consistentes con el imperio de la ley o el *Rule of Law*, porque fueron actuadas y orientadas por principios morales¹⁹¹.

Por lo anterior, es indispensable pensar en el progreso moral por medio de la persuasión de la mejor justificación posible – la respuesta correcta –. La técnica del juez Hércules es una contribución a ese norte, pese a su falibilidad, para lo cual debe cuidar de sucumbir a sus propios juicios políticos y debe atender a la humildad para decidir los casos difíciles¹⁹². Una teoría del derecho como integridad permite ver la constitución como un referente de principios¹⁹³, cuya utilidad sirve a los casos difíciles cuando se une el presente con el pasado, lo cual da lugar a la mejor forma

¹⁸⁹ TAMANAHA, Brian, "On the Rule of Law History, Politics, Theory", United States of America: Cambridge University Press, 2004, p.81.

¹⁹⁰ Ibidem, pp.81-82.

¹⁹¹ "Dos suposiciones clave están contenidas en la cuenta de Dworkin: que la comunidad posee un conjunto coherente y compartido de moral general y principios políticos; y que "el libro de reglas representa los esfuerzos de la comunidad para capturar los derechos morales". Ibidem, p. 82.

¹⁹² DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 208.

¹⁹³ "La Constitución norteamericana, entendida como una constitución de principios, provee una mejor forma de gobierno que cualquier otra en la que las ramas legislativa y ejecutiva sean legalmente libres de omitir principios fundamentales de justicia y decencia. Una constitución de principios, reforzada por jueces independientes, no es antidemocrática. Por el contrario, una precondition de la democracia legítima es que se requiera al Gobierno para que trate a los ciudadanos como iguales y respete sus libertades fundamentales y su dignidad. A menos que se satisfagan esas condiciones no habrá una democracia genuina porque, entonces, la mayoría no tendrá un derecho moral legítimo de gobernar.". Dworkin, Ronald, "El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual", 1 ed, Barcelona: Editorial ARIEL, S. A., 1994, pp. 163-164.

de interpretar el derecho. De ese modo, la definición de lo que es derecho es una construcción en el tiempo de la suma de eslabones que buscan entender el propósito (sentido-valor) del derecho como la mejor justificación al caso concreto.

4. Resumen y consideraciones

Como panorama de esta parte, podemos señalar que el *Common Law* como tradición jurídica implica un acopio de una cultura que se entrelaza con una historia común que condiciona ontológicamente el derecho a través de prácticas que se aplican al estudio, enseñanza, elaboración y uso de éste. Su origen es inglés y se cree que inicia con la invasión normanda en el año 1066. Su desarrollo se produjo a través de la suma de precedentes judiciales de los Tribunales Reales y de Cancillería, cuya fuente de derecho predominante fue la jurisprudencia (*judge made law*), logrando luego en 1875 con la fusión de la *Equity* y el *Common Law* un avance en la homogeneización y, por tanto, la creación de una Suprema Corte de la Judicatura.

El *Common Law* tuvo un periodo (hoy en desuso) en el cual se le consideró una costumbre inmemorial que debía ser restablecida por los jueces cuya legitimidad se representa en la absorción de la voluntad del pueblo por su condición ininterrumpida en el tiempo. Junto a esta perspectiva, confluye un planteamiento iusnaturalista, alentado por principios morales eternos, que se desdobra en una ley divina que debe ser reconocida en las decisiones judiciales.

Asimismo, referente a la legislación como codificación del derecho, esta tradición contrasta por la discrecionalidad de los jueces y la pretensión disputada en la doctrina jurídica respecto a la creación de derecho por la vía judicial o el descubrimiento del derecho, con lo cual se da espacio a la reflexión sobre la seguridad jurídica, la confianza en la certeza jurídica y la retroactividad, que no es

otra cosa que la cuestión de la separación de poderes públicos y sus pesos y contrapesos.

Se ha dicho que el *judge made law* representa el derecho elaborado por el juez para el caso concreto, lo cual operativamente obra siguiendo el *stare decisis*, como la observancia de las reglas establecidas en los precedentes, en el sentido de atenerse a lo ya decidido. La *rule of precedent*, en este contexto, se establece como una fuerza de atracción obligatoria a las decisiones precedentes, como una forma de cohesión del derecho, donde las razones que motivan (*obiter dictum*) la sentencia llevan a plantear una *ratio decidendi* que debe ser tendida al futuro. A menos que deba hacerse un *distinguishing*, con lo que se habilita al juez a no aplicar el precedente sobre la base de que materialmente los hechos que dieron lugar a la creación de una regla en el caso anterior difieren de los hechos del caso que se pretende decidir.

En el caso de los norteamericanos, su sistema legal federal, cuenta a su vez con cincuenta sistemas legales estatales, los cuales participan de instituciones jurídicas y procedimientos heredados del *Common Law* inglés. En los Estados Unidos, con relación al precedente, la regla formal de *stare decisis* es una doctrina obligatoria. No obstante, con la existencia de la distinción de los casos, puede que no sigan en algunos casos el precedente por manejar condiciones materiales diferentes, lo cual da lugar a la posibilidad de revocar sus propias decisiones pasadas. Respecto de la legislación no percibe en ella una regla, dado que, sobre la base de la interpretación el uso de la corte se incorpora en los precedentes.

A nivel de competencias de la federación comparte el poder con los estados que la integran, con lo cual se participa también de la facultad de crear el derecho. La tradición político-cultural construye una visión de derecho local permitiendo así una idiosincrasia jurídica diversa que impide considerar su uniformidad, salvo en lo que

concierno al orden jurídico federal, el cual está fortalecido como fruto de la ampliación de su competencia.

El sistema judicial está soportado en *law cases*, por lo cual los operadores jurídicos deben seguir la regla del *stare decisis* en casos similares, la cual tiene un nivel y fuerza vinculante de ley. Adicionalmente a la fuente de la jurisprudencia, la legislación (*state law*), básicamente, se compone de leyes federales y leyes estatales. Está también la Constitución, como norma superior, inclusive sobre las constituciones estatales, quienes no pueden ser incompatibles con la legislación federal.

Los precedentes en las jurisdicciones estatales o locales son autorreferentes y vinculantes. En las jurisdicciones federales la obligatoriedad del precedente se observa en los precedentes de la jurisdicción que les es propia, así como aquellos de las jurisdicciones superiores del mismo circuito. Las Cortes Supremas de Justicia Estatales pueden revertir su propia jurisprudencia. Respecto de los estados, de acuerdo con la Décima Enmienda Constitucional, la regla de la *stare decisis* se ejecuta en lo que concierne a la competencia de los estos.

En cuanto al famoso aporte al mundo jurídico del control de constitucionalidad, éste no se circunscribe sólo a leyes federales, sino que su ejercicio trasciende a todas las jurisdicciones del *Common Law*, por lo que todo el conjunto, fallos también, puede ser revisado.

Con su inicio en 1789 la Corte Suprema de los Estados Unidos a través de sus diecisiete Cortes ha edificado jurisprudencialmente un *Common Law* que garantiza la constitución y no la voluntad del parlamento, aunque se debe anotar que ha deambulado entre posiciones liberales, moderadas y conservadoras. Antecedentes como los casos de *Brown v. Board Education* sobre segregación en la educación; y de *Engle v. Vitale*, donde se declaró que ningún estado puede prescribir ceremonias

religiosas en sus escuelas, o *Roe v. Wade* sobre el aborto, representan avances importantes en una sociedad que lucha entre el *statu quo* y el cambio hacia nuevas formas sociales.

Finalmente, en términos de Dworkin, las decisiones judiciales son un constructo narrativo semejante a una novela en cadena, donde la suma de los precedentes satisface una tradición de la historia constitucional que une el presente y el pasado en una coherente construcción de la mejor versión del derecho en esa decisión judicial del caso que se resuelve. El contexto de los *hard cases*, como el caso de la segregación, su forma de decisión será a través de hallar principios inmersos en la constitución principalmente en virtud del constitucionalismo norteamericano, el cual está pensado como un reducto contra las mayorías y como defensa de los derechos individuales. Ésta es la responsabilidad como deber de jueces que deben aspirar a ser Hércules para promover el progreso moral.

CAPÍTULO III. LA RESPUESTA CORRECTA EN DWORKIN

1. Introducción

En la primera parte de este capítulo, abordaremos la tesis de la respuesta correcta, como un descubrimiento creativo-constructivista cuyo postulado es que la respuesta correcta es un apéndice de la moral y está inmersa en el sistema jurídico. Ésta pertenece al presupuesto de la moral política, pero debe ser hallada, de manera que los casos difíciles tienen una respuesta correcta unívoca que está presente en todos los casos. En la segunda parte, profundizaremos en la metodología y la forma operativa en que se llega a la respuesta correcta, donde también se expondrán de forma práctica y concreta presupuestos importantes como la teoría de los derechos y principios, los cuales juegan un papel relevante en las etapas para el arribo a la respuesta correcta. Para terminar, presentaremos un acopio de las más relevantes críticas, respecto de la tesis de la respuesta correcta, para cerrar con una conclusión sobre este aparte.

2. Problematización y propósito de la respuesta correcta

Aquí desarrollaremos la problematización de la respuesta correcta desde el verdadero terreno en que se desenvuelve el autor, así como la identificación del propósito del estudio de la posibilidad de respuestas correctas en el derecho. Asimismo, se estudiará las críticas a las visiones de los extremos que Dworkin plantea, como una forma de interpretación reconstructiva que le permite así proponer su visión alternativa como intermedia.

2.1. El problema de la respuesta correcta

El problema de las respuestas gravita en el campo de la moral y no de la epistemología o la metafísica, además, su formulación es una crítica al punto de vista interno del ejercicio del derecho, pues éste es un ejercicio de interpretación y un fenómeno social que tiene como propósito acercarse a la verdad como coherencia discursiva y no de forma apodíctica o lógica; es decir, se supera la formulación descriptiva del derecho por una interpretativa que implica considerar principios morales como sustento de las decisiones de los casos difíciles.

La tesis de la respuesta correcta en el derecho, al igual que cualquier disciplina de las ciencias humanas o las ciencias sociales, abriga incesantes escaramuzas alrededor de la teorización o el estudio heterónimo de estas. Resulta preciso esclarecer entonces de qué se trata este planteamiento de la respuesta correcta, para ello, en este aparte nos ocuparemos en responder a las preguntas relacionadas con el porqué, el cómo y el para qué nuestro autor se planteó esta tesis.

El escenario en el cual se piensa el dilema alrededor de la respuesta correcta es el de los disentimientos sobre la interpretación, los cuales pueden implicar, entre otros, seguir o no una ley, ajustarse a intereses de justicia discutir sobre lo que es derecho. Dworkin apunta a una interpretación constructiva que se gobierne y distancie de otras interpretaciones por ser la mejor interpretación de aquello que se interpreta¹⁹⁴.

El punto de partida de la problematización de la respuesta correcta es la crítica dual al positivismo jurídico, la cual, de un lado, discrepa respecto de las deficiencias en la interpretación y, de otro lado, plantea una inconformidad con relación a la posibilidad de discrecionalidad en las decisiones judiciales. No obstante, lo

¹⁹⁴ Ver Ibidem, pp. 28, 43, 54.

planteado, la reflexión de la respuesta correcta gravita en el campo de la moral y no de la epistemología o de la ontología.

La formulación de esta tesis como crítica al punto de vista interno del ejercicio del derecho, ataca el ejercicio de interpretación – como fenómeno social–, el cual tiene como propósito acercarse a lo correcto como coherencia narrativa del discurso jurídico, y no de forma apodíctica o lógica, es decir, se supera la formulación descriptiva en sentido epistemológica del derecho por una interpretativa-moral.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿cómo deben los jueces establecer lo que es vinculante normativamente? El autor considerará que los operadores jurídicos deben no sólo acudir a las decisiones en el pasado, sino que también deben usar la interpretación creativa-constructiva con el fin de atender los menesteres de una comunidad política con coherencia y en observancia de los principios instituidos, donde la dimensión social¹⁹⁵ y el aspecto moral cobran importancia en la problematización que se plantea sobre la respuesta correcta.

En el destacado debate de los casos difíciles, se puede observar posturas equidistantes que contribuyeron al esclarecimiento de lo que se discute en torno a la tesis de la respuesta correcta. Desde la perspectiva de Hart, en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez (lo que existe es un indiscutible componente discrecional), mientras que para Dworkin la respuesta correcta está inmersa en el sistema jurídico y debe ser hallada. Por lo tanto, los casos difíciles tienen una respuesta correcta.

En este punto resulta pertinente traer a colación la perspectiva de los derechos de Dworkin, pues, para poder entender la dimensión del problema de las respuestas correctas, se debe pensar que la función del derecho es la de garantizar los

¹⁹⁵ Entre otros aspectos, nos referimos a los derechos, las necesidades, las relaciones sociales y la propiedad.

derechos individuales frente las agresiones de la mayoría y del gobierno. Ataño a su tesis de la respuesta correcta tener la aptitud de argumentar una justificación de la mejor forma, donde la garantía de los derechos preestablecidos de los miembros de la comunidad política no se vea enervada por una conducta discrecional que emule al legislador.

Por lo inmediatamente anterior, nuestro autor emplaza a sus críticos para que se tomen los derechos en serio, es decir, enmarca su teoría de los derechos en una concepción moral-política constructivista. El razonamiento moral da lugar a un conjunto de principios que justifican y dan sentido a las instituciones.

Para terminar, se asienta que el escenario para el desarrollo de la tesis de la respuesta correcta tiene una estrechez con su formulación teórica de los derechos¹⁹⁶, debido a que nuestro autor resalta la importancia de los derechos individuales como forma de limitar el poder del estado dentro de un contexto liberalismo político igualitario con tendencia hacia la progresividad. En este contexto el autor realza de un lado la importancia de la distribución de los bienes de forma igualitaria, y de otro lado concilia la libertad con la igualdad al pensar que la igualdad es el presupuesto del que se derivan los derechos individuales convencionales, que además en términos de Rawls es el escenario para una meta pública, en el marco de la lealtad y reciprocidad de respeto entre los ciudadanos.¹⁹⁷.

¹⁹⁶ El esquema que utiliza Dworkin para explicar la tesis de los derechos está centrado en el análisis de las controversias judiciales. Se podría sintetizar del siguiente modo: A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez -al fundamentar su decisión en un principio preexistente- no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo. DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., p. 18.

¹⁹⁷ Ver *Ibidem*, pp. 31, 36, 39, 68.

2.2. El objeto de estudio de la respuesta correcta

El objeto de estudio de nuestro autor será el arbitrio judicial, pues, el fin del ejercicio del derecho es hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas mediante la justificación de una posición en el marco de una valoración a través de la tradición constitucional, sentido de los principios, valores e institución del derecho. De ahí que la discrecionalidad esté proscrita para Dworkin.

En el contexto judicial, los jueces tienen la responsabilidad de resolver el caso (conceder la victoria a una de las partes), para lo cual se derrotaran algunas teorías del derecho en conflicto prevaleciendo la mejor, la cual es preexistente (se halla) y no es retroactiva, porque el derecho no tiene una condición heurística para el caso difícil en concreto. En el marco de su concepción de adjudicación, las partes en disputa tienen derecho a que el juez determine sus derechos, libre de presiones políticas- democráticas o de pretensiones de eficacia institucional, que transgredan el derecho de quien tiene razón.

Argumentos relacionados con puntos de vista escépticos internos y externos, quedan desdibujados, ya que el mismo ejercicio de negarla implica considerar que su posición es la mejor frente a otras, y el problema de los desacuerdos no implican ningún valor de verdad¹⁹⁸ (las posturas). El elemento central está en cómo y a través de qué argumentos se llega a la mejor versión posible una teoría jurídica para el caso difícil¹⁹⁹.

Por ello, la forma de llevar a cabo esta empresa de hallazgo de la objetividad de los juicios de valor en las decisiones judiciales se desarrolla mediante una metodología de novela en cadena, donde la mejor justificación implicará una identificación de la normativa vigente, una justificación moral de principios de forma coherente en la

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 457.

¹⁹⁹ En sistemas jurídicos evolucionados la posibilidad de empate es mínima, de acuerdo con Dworkin.

decisión y un ajuste del sentido, en búsqueda de la mejor de la justificación; es decir, una mirada a través de la equidad, echando mano de los principios que llevaran a una concepción de lo justo.

Finalmente y llegados a este punto cabe preguntarnos, si decidir sobre lo justo o injusto es suficiente para apartarse de una norma o justificar su aplicación en determinado sentido. El autor responde a este particular, tomando la única respuesta correcta como una crítica al positivismo jurídico, cuya gracia goza de la inescindible relación que aglutina en igual medida al derecho, la política y la moral, de manera que en la concepción de Dworkin importa mucho la aplicación de lo justo, pero en el marco de una exigente justificación que se perfila como la mejor.

3. La metodología de la respuesta correcta

En esta sección responderemos a la pregunta de ¿Cómo funciona operativamente la respuesta correcta? Lo anterior se enfocará en la forma práctica u operativa, con la cual nuestro autor desarrolla las etapas y condiciones para poder arribar a la respuesta correcta en derecho.

La dimensión operativa se descubre a través de procedimientos en una serie de etapas enfocadas al objetivo de la mejor versión posible, la cual es la respuesta correcta. Este trasegar en concreto se refiere al recorrido de un camino guiado por unas etapas de orden ontológico, hermenéutico y constructivo-práctico, las cuales, respectivamente y a grandes rasgos implican una identificación de la normativa, una justificación de forma coherente de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación. Es importante señalar que el operador jurídico debe tener las aptitudes Herculeanas, como deber moral, en el instante en que ajusta el sentido de la justificación del caso, de manera que, se entienda que esta operación la hace de la mejor forma posible.

Este juez filósofo, con aptitudes excelsas, en el marco del deber moral busca la fuerza gravitacional de los precedentes, donde los argumentos de principio le asienten la justificación de la práctica²⁰⁰. En este contexto, la interpretación abriga la suma de argumentos de principio que construyen y justifican el descubrimiento del objetivo de los precedentes, y en sí la respuesta correcta, los cuales son congruentes con la triada indivisa de política, moral y derecho (integralidad).

Respecto de la materialización de este postulado, el autor invita a observar a través de la dinámica de la actividad judicial, el descubrimiento de la respuesta correcta, mediante la construcción narrativa coherente del precedente, como la justificación mejor posible de lo que explica. (Esto en el marco de una práctica social y la observancia de las tradiciones políticas y morales sumergidas en el valor en cuanto sentido hacia lo justo).

Esta cimentación en desarrollo de la actividad judicial como práctica social, no debe perder de vista la igualdad como garantía de trato igual a los ciudadanos y la autonomía judicial. Allí las decisiones son predecibles, es un contexto de jurisprudencia construida con coherencia al atender a elementos comunes de los precedentes históricamente estimados e interpretados como el sentido original (valor) que hallan acopio entre el pasado y el presente en la argumentación de la mejor versión de la interpretación acompañada del oficio orientador de los principios de moral política que fundan la interpretación. En suma, la concepción del derecho como integralidad.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., pp. 188-189.

3.1. Contexto y adjudicación de la respuesta correcta

El contexto ideal para la maduración y puesta en marcha de la tesis de la respuesta correcta debe ser en un sistema jurídico avanzado que dé cuenta de una rebotante normativa y jurisprudencia. La complejidad de este sistema jurídico permite las condiciones ideales para que junto con la tradición de las prácticas constitucionales que unen el pasado con el presente a través de la mejor interpretación se resuelvan aquellos casos difíciles ávidos de una justificación que explique y demuestre el porqué del uso de una teoría del derecho en particular²⁰¹.

Anudado a lo anterior, el autor considera que en sistemas jurídicos avanzados la probabilidad de antecedentes de empates es muy baja, mientras que en sistemas simples es común encontrar muchos casos de empate con razonamientos teóricos diversos, por ello pensó que la existencia de una regla fundamental que proscriba los empates, sin embargo, ésta no evitará los empates, pero obligará a un esfuerzo concienzudo que aprecie quién de las partes tiene mejores razones jurídicas²⁰².

La teoría de adjudicación con relación a la tesis de la respuesta correcta, en el contexto judicial de Dworkin, permite observar dos grandes posiciones. De un lado, una adecuación que generalmente se hace por analogía de precedentes, en donde el principio se extrae de las decisiones pasadas con un fuerte criterio que diferencia normas de hechos (tesis positivista), Por otro lado, está la posición iusnaturalista, que confunde siempre los principios morales con principios jurídicos, donde el canon moral siempre es lo bueno o lo correcto.

En este campo de la adjudicación, Dworkin toma una especie de visión intermedia, en la que los principios para decidir casos difíciles deben no sólo ser inferidos de la adecuación de decisiones previas que dan cuenta de la historia institucional que

²⁰¹ *Ibidem*, pp.175, 406.

²⁰² *Ibidem*, p. 406.

busca reducir los errores²⁰³, sino que debe pretender ser la posición más convincente con los principios de la moral política; a saber, la justicia como la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos; la equidad como la estructura correcta en que debe estar organizado las instituciones del sistema y el debido proceso como aquellos procedimientos correctos para obligar el acatamiento de la normativa que genera el sistema²⁰⁴.

Esta concepción no excluye la posibilidad de discrepancias o manifestación de opiniones que ensamblen escenarios de discrepancia. Simplemente permite la manifestación de la mejor justificación en la dimensión moral, es decir, la respuesta correcta. Por otro lado, el problema de la respuesta correcta se debate en el campo de la moral²⁰⁵ y no de una forma de adecuación apodíctica, que en sistemas avanzados reducen los errores en la apreciación de los precedentes aplicables al caso concreto, porque no requieren de un razonamiento argumentativo.

La importancia de que los principios estén respaldados en alguna decisión jurídica de la historia institucional es estéril²⁰⁶, de no considerarse un juicio sobre la moralidad política de principio, porque en un sistema que sea injusto con la simple adecuación no se superarían las condiciones mínimas para hablar de lo correcto. De ahí la importancia de estudiar la concepción de derecho del autor que veremos en profundidad en la primera parte del siguiente capítulo, pues con ella se busca superar el postulado netamente normativista o de reglas.

²⁰³ Este punto fortalece la posición de rechazo a la discrecionalidad Dworkiniana

²⁰⁴ Ver *Ibíd*em, p. 466.

²⁰⁵ Este tipo de moral reúne en Dworkin el Derecho, la Moral y la Política en una sola concepción integral.

²⁰⁶ *“Esa es una fórmula segura para producir incoherencia en el esquema constitucional que genera, porque los autores en períodos diferentes temen opiniones distintas sobre aquello que requiere la justicia, y porque los jueces que utilizan métodos no-históricos cuando no se pueden recuperar estas opiniones, tendrán opiniones concretas diferentes de las que tuvieron los autores. El historicismo fuerte ata a los jueces a las intenciones históricas concretas con mayor firmeza aún: les exige que traten estas intenciones como si agotaran toda la Constitución. Pero esto es equivalente a negar que la Constitución expresa principios, pues no se puede hacer que los principios se detengan allí donde se detuvieron el tiempo, la imaginación y el interés de un gobernante histórico. La Constitución toma los derechos en serio; el historicismo no.”*. DWORKIN, Ronald, *“El imperio de la justicia”*, *Op. cit.*, p. 260.

Es importante que tengamos claro que las referencias a principios jurídicos están diferenciadas de los principios políticos y de los principios morales. Los principios jurídicos se representan en argumentos jurídicos referentes a los derechos y deberes de los ciudadanos, los cuales se extraen de la historia institucional en un proceso de construcción de justificaciones que incorporan los conceptos de la moral política²⁰⁷.

3.2. Discrecionalidad y respuesta correcta

Aquí es importante reflexionar sobre la discrecionalidad, donde en la visión Dworkiniana le es antípoda de la respuesta correcta. En términos de nuestro autor, la discrecionalidad es morigerada, cuando los operadores jurídicos asumen el deber de tomarse en serio los derechos y aplicar principios jurídicos a los casos difíciles, como estándares observables en la dimensión de la moral política.

Pero Dworkin no es ingenuo, él considera que la discrecionalidad hace parte de la decisión, empero en un sentido muy débil²⁰⁸, que no justificaría la vaguedad y dificultad de la normativa, puesto que, el juez no puede escapar en los casos difíciles del marco de derechos y principios jurídicos, los cuales viajan en el vehículo de la interpretación de alto rigor justificativo.

Para ejemplificar este postulado tenemos el caso de un oficial que ordena a un subalterno que elija a cinco soldados experimentados. En este ejemplo el oficial decide en el marco de las posibilidades regidas por la orden de su superior oficial, lo cual quiere decir que no es una libertad ilimitada donde se abandone las normas

²⁰⁷ Ver DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 469.

²⁰⁸ Dworkin considera que existe dos tipos de discrecionalidad en sentido débil de la discreción. De un lado, tenemos que un sentido en el cual se debe aplicar una decisión en el marco de unas ordenes no de forma mecánica, sino acudiendo al discernimiento, aquí se podrá observar la crítica o corrección a partir del error. De otra parte, tenemos el sentido en el cual el juicio de la decisión se toma en el marco de la orden, pero no puede ser revisada ni anulada por otro jerárquicamente superior, en este caso se podrá observar la crítica o corrección a partir de la desobediencia a la orden. Ver *Ibidem*, pp. 84-85.

de razonabilidad y de justicia; lo mismo les pasa a los jueces, pero en el contexto de las normas del sistema jurídico.

Teniendo en cuenta el planteamiento anterior, respecto de la debilidad de la tesis de la discrecionalidad, cobra importancia la observancia del principio de obligatoriedad. Recordemos que Dworkin entiende el principio de obligatoriedad a través de la distinción entre una norma jurídica y órdenes de pistoleros. Nos presenta la reflexión, donde jamás una norma será obligatoria por la coerción material o la amenaza, pues la exigencia planteada al ciudadano debe trascender a la amenaza o la fuerza física²⁰⁹. De ahí la importancia de la existencia de una autoridad para dictar la norma, como una forma que se legitima frente a los destinatarios, ya que así reconocen y se obligan respecto de la norma.

La obligatoriedad proviene de la validez y/o la aceptación de la norma²¹⁰. Por ello, la discrecionalidad es enervada por el principio de obligatoriedad (importante en el postulado positivista), puesto que la obligatoriedad debe tener un presupuesto a priori; es decir, conocimiento previo de la existencia de la norma y legitimidad, de manera que si se acude a presupuestos extralegales y arbitrarios se evidencia la debilidad de la contrapuesta tesis de discrecionalidad con relación a la tesis de la respuesta correcta.

Adicionalmente, de honrarse la discrecionalidad en sentido fuerte se promueve la inseguridad jurídica, puesto que siempre podrá variar la respuesta en un caso difícil, porque la discreción para crear y suprimir reglas o principios situará en tela de juicio la razonabilidad de dichas decisiones judiciales, en el sentido de aumentar la imposibilidad de tener certeza de lo que es derecho o no es derecho.

²⁰⁹ Ver DWORKIN, Ronald, "*Filosofía del derecho*", 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 81-84

²¹⁰ Ver DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., pp. 68-69.

Esta exaltación de la vaguedad del derecho a través de formas de discrecionalidad fuertes rompe con la coherencia con los principios de moral política y tradición institucional, además de propiciar una invasión en las competencias del poder del legislativo por parte del poder judicial. En el postulado de Dworkin no existe cabida para decisiones judiciales con esencia política, sino elementos jurídicos vigentes que justifican la interpretación inmersa en la decisión judicial, donde el deber de los operadores jurídicos es el de garantizar los derechos preexistentes en el marco de un trato igual.

Visto lo anterior, la respuesta correcta aparece como un límite a la discrecionalidad y la arbitrariedad a través de los principios de moral política, los cuales sólo pueden funcionar en un contexto liberal Rawlsiano de igualdad y autorrespeto a la vez que se contribuye a la construcción de fines a nivel social. Junto a lo anterior se debe observar condiciones tales como una teoría del derecho como práctica social de aptitud creativa-constructivista-y una teoría de los derechos de corte liberal, con énfasis en los derechos individuales como límites al poder de las mayorías, y una visión de preexistencia histórica justificada por medio de argumentos razonables, que se hallan en su fundación constituyente.

3.3. Constitucionalismo, principios y respuesta correcta

En términos de Dworkin la constituyente garantiza los derechos jurídicos de los miembros de la comunidad política, pero esos derechos realmente están presentes en el espíritu de los constituyentes, además de lo que se ha formado en la jurisprudencia a través de los precedentes, que entre otras cosas no puede sustituir el ideal de justicia y principios de la constituyente²¹¹.

²¹¹ Ver *Ibidem*, pp. 213, 218.

En este punto, resulta importante señalar una distinción entre directriz política y principios jurídicos, ya que de no tenerlo claro se puede caer en una trampa semántica donde se invierte la defensa de la individualidad (liberalismo Rawlsiano) respecto de lo colectivo (utilitarismo), lo cual es totalmente diferente e incompatible en términos de derechos individuales en la visión de nuestro autor.

Las directrices políticas se diferencian de los principios, en que las primeras son estándares sociales, económicos y políticos con una esencia teleológica colectiva, cuya condición se asemeja a valores de carácter contingente y discutibles, mientras que los segundos, son estándares de moralidad política (justicia, debido proceso y equidad) con un componente teleológico individual (primacía de la libertad individual) en el campo jurídico²¹², bajo la condición deontológica y la pretensión de universalidad, por los menos en los principios de dignidad fundantes.

En este punto debemos recordar que la concepción de principios de Dworkin proviene de la tradición Rawlsiana, donde los principios de justicia implican: a) el principio de la libertad; a₁) el de la igualdad de oportunidades y b) el principio de la diferencia, que ordena beneficiar a los miembros de la sociedad menos favorecidos²¹³.

Esta moral política de la que se habló en el aparte anterior es la originaria de la constituyente, y tiene unas etapas particulares, En primer lugar, se tiene una discusión moral en la posición original²¹⁴, donde se establecen los principios de iguales libertades, el trato igual en las oportunidades y la diferencia que significa que al no ser igual, tiene derecho a ser tratado como desigual en términos equitativos.

²¹² Ver *Ibíd*em, pp. 72-73.

²¹³ RAWLS, John, "*Sobre las libertades*", *Óp. cit.*, pp. 12-13.

²¹⁴ Ver RAWLS, John, "*Teoría de la justicia*", *Óp. cit.*, pp. 125-126.

En segundo lugar, tenemos la etapa donde la constituyente constitucionaliza los principios del debido proceso y equidad en el marco de la concepción de principios extrasistémicos derivados en la posición original, la cual tiene una génesis política y moral que direcciona la concepción de justicia como un pacto de reconciliación²¹⁵. Cabe anotar que estos principios se desarrollaron en las enmiendas 5ª y 14ª, como una protección igual ante la ley y una garantía de derecho adjetivo en los tribunales de razonabilidad e igualdad.

Los padres fundadores al igual que Dworkin sabían del peligro que pueden representar las mayorías para los derechos individuales, pues éstas podrían cambiar las leyes. Sin embargo, la jerarquía de los principios en términos de validez hace que no puedan ser cambiados los principios que residen en la carta política, además de que son en términos operativos una construcción histórica que se interpreta coherentemente cada vez que se decide sobre un caso difícil. Con ello se justifica, también, la expresión del proyecto de sociedad de la comunidad política, por ser finalmente la decisión judicial una práctica social que concierne y afecta a todos.

Aquí es relevante traer a colación el análisis de la importancia del derecho en las vidas de los miembros de la comunidad política, que Dworkin señala en su obra *El Imperio de la Ley*. En esta obra se hace patente la trascendencia del derecho en la vida de las personas, dice el autor que las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento.

Los debates que allí se presentan tienen una dimensión moral muy importante, por lo tanto, a su vez tienen un riesgo de injusticia pública muy importante. Los mayores daños están en el campo de la dignidad, la vida y la libertad, en comparación de lo

²¹⁵ Ver *Ibidem*, pp.191-196, 213-214.

pecuniario, pues casos como ejecutar a los asesinos, o prohibir el aborto, o exigir que se rece en las escuelas públicas implican una impresionante trascendencia en la comunidad, donde pueden haber reivindicaciones como el caso de segregación racial de 1954 en Estados Unidos o regresividad como el caso en Inglaterra, donde los obreros no podían demandar a sus empleadores por accidentes en la fábrica causados por negligencia de sus compañeros.²¹⁶

De igual modo, estos principios son el último bastión contra las infracciones a los derechos individuales²¹⁷, por ello en muchos casos los operadores jurídicos se posicionan como protectores ante los cambios arbitrarios a favor del enervamiento de los derechos individuales²¹⁸. Nuestro autor considera que los operadores jurídicos priman sobre los legisladores, porque los primeros son guardianes del consenso original constituyente, el cual pervive y es el que permite el encadenado del presente con el pasado a través de la correcta interpretación.

Esta interpretación se vale del uso de los principios de moralidad política y justicia, que en un sentido básico son el límite contra la mayoría legislativa que se llegue a configurar alrededor de las diversas minorías que conviven en suelo norteamericano. En las decisiones judiciales debe residir la historia y cultura norteamericana de sus instituciones, que en el mundo de la vida desde una óptica jurídica se refleja en una práctica social con pretensión de universalidad, en el sentido de representar la percepción y usos que le dan los miembros de la comunidad política al derecho. La pretensión de universalidad se debe entender como lo aceptado por la mayoría, lo cual se caracteriza por ser lo estable y abstracto de la cultura política estadounidense, que en el contexto de los casos difíciles viaja en la interpretación correcta de la adjudicación judicial (lo justo)²¹⁹.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. "*El imperio de la justicia*", Óp. cit., pp.15-16.

²¹⁷ RICHARDS, David, "*La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional*", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1988, ISSN 0214-6185, N.º 1, pp. 170-173.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald, "*El imperio de la justicia*", Óp. cit., p.180.

²¹⁹ Ver *Ibidem*, pp. 265-266.

Los principios tienen un peso específico²²⁰, y dicho peso tiene que hacerse patente sin arbitrariedad por parte el operador jurídico²²¹ en la interpretación que alimenta su decisión judicial en una determinada situación (el peso se interpreta), donde se observe un esquema que refleje las fuentes en sintonía con la moralidad política. Pero, esta tarea de determinar lo que es derecho en el contexto del caso difícil particular, requiere de una construcción que identifica y diferencia los criterios exclusivos, sobre la base de una justificación que tiene inmersa principios que justifican las normas establecidas²²², porque estos recogen las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad política.

Este trasegar que honra el deber judicial de aplicar principios en los casos difíciles, bajo la mejor teoría jurídica de las instituciones, implica establecer una superlatividad de los argumentos de forma coherente y congruente²²³, donde la coherencia de principio –cuya referencia descansa en la estructura de la constitución– pretende estándares morales se han incorporado con criterio de validez, que permiten balancear los principios bajo la construcción de criterios y justificaciones objetivas que llevan a la respuesta correcta.

En el famoso caso Brown, referido por Dworkin, se aplicó el principio de igual protección en atención a la estructura constitucional, lo cual implica que los

²²⁰ Es clara la línea argumental que sostiene que los principios poseen un peso específico, particularmente en las siguientes citas, ver DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., pp. 91-93, 95, 99; DWORKIN, Ronald. “*El imperio de la justicia*”, Óp. cit., pp. 101-102, 193.

²²¹ En este punto es importante traer a colación la crítica que hace Dworkin a la discrecionalidad, con relación a su explicación de los tipos de discrecionalidad, donde aquel que toma una decisión está sujeto a una autoridad. En nuestro caso, nos referimos a que el operador jurídico está sujeto el marco institucional, dado que, la decisiones no se toman con factores extrajurídicos, de ahí, que cuando hablemos de peso, debemos entender que cuanto más fuerte sea su construcción en observancia de los referentes institucionales o prácticas judiciales, mayor es su peso (obra los derechos en serio), sin embargo, en su obra el imperio de la ley hará más énfasis en la justificación sobre la base de criterios de moralidad política.

²²² Se debe recordar que las normas con estructura de regla se aplican en la idea de todo o nada, a diferencia de los principios que tienen un peso específico. Asimismo, los principios no son de aplicación inmediata, son fruto de una metodología constructiva en cadena acompañada de muchos recursos jurídicos dentro de una instancia de adjudicación, que coadyuvan a un criterio de corrección y enemista con la discrecionalidad.

²²³ Ver DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 129.

operadores jurídicos que decidan en virtud de la coherencia de principio expresen una visión simple y comprensiva de la justicia (moralidad política), bajo una justificación de los estatutos, precedentes y decisiones de instituciones políticas, donde prime el trato igual y el debido proceso²²⁴.

Para entender la profundidad de la teoría del derecho y, en sí, la tesis de la respuesta correcta de Dworkin, debemos tener en cuenta que Dworkin comparte la estructura y definición de los principios de justicia de Rawls²²⁵. En este campo de la moralidad, la política y lo jurídico de corte rawlsiano, Dworkin encuentra una riqueza que, luego, alimentará su concepción de derecho, como un ideal equilibrio entre aspectos morales, políticos y jurídicos, que en suma y como conjunto (derecho) representan un límite frente al poder de la mayoría que intente enervar los derechos individuales.

Finalmente, el peso de los principios no es designado discrecionalmente por el operador jurídico, sino que es asignado por los estándares morales condensados por medio del proceso constituyente. Este punto lo podemos entender a través de Rawls y su secuencia de cuatro etapas para aplicación de los principios, las cuales

²²⁴ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 103.

²²⁵ "Primero, sin embargo, he de decir una palabra más sobre la idea, sugerente, aunque imprecisa, de Rawls: que los principios de esa teoría más profunda son constitutivos de nuestra capacidad moral. Es una idea que se puede entender en diferentes niveles de profundidad. En el menos profundo, puede significar que los principios que fundamentan la posición original como recurso para razonar sobre la Justicia son compartidos tan ampliamente y tan poco cuestionados en el seno de una determinada comunidad —a quien va dirigido el libro—, que la comunidad no podría abandonar tales principios sin cambiar fundamentalmente los patrones que guían su razonamiento y su discusión en asuntos de moralidad política. En el más profundo, puede significar que tales principios son categorías innatas de la moralidad, comunes a todos los hombres, inmanentes o impresos en su estructura neurológica de modo que el hombre no podría negar esos principios sin abandonar totalmente el poder de razonar sobre asuntos morales. En lo que sigue tomaré como guía de mi exposición la interpretación menos profunda, aunque crea que lo que diré es congruente con la más profunda. Supondré, pues, que hay un grupo de hombres y de mujeres que, al leer a Rawls, descubren que la posición original les impresiona como una [noción intuitiva] adecuada como punto de partida para plantear problemas de justicia, y que la encontrarían convincente si se pudiera demostrar que las partes colocadas en la posición original establecerían efectivamente un contrato que estipulase los dos principios que él describe. Supongo, sobre la base de la experiencia y de la bibliografía, que este grupo abarca a un número muy grande de las personas que piensan en la justicia, sin más ni más, y descubro que yo mismo pertenezco a él. Quiero descubrir los supuestos ocultos que guían en ese sentido las inclinaciones del grupo, y lo haré repitiendo la pregunta con la cual comencé: ¿Por qué el argumento de Rawls sirve de base a su afirmación de que sus dos principios son principios de justicia? Mi respuesta es compleja y, en ocasiones, nos aleja de su texto, pero no -eso espero- de su espíritu". DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., pp. 244-245.

implican una serie de procedimientos contrafácticos, donde se delibera la aplicación de los principios de justicia en las instituciones y a las circunstancias singulares²²⁶.

3.4. Proceso de formación de principios y respuesta correcta

Antes de presentar las cuatro etapas de la teoría de la justicia desde la perspectiva Rawlsiana, se debe destacar las diferencias de Dworkin con Rawls, respecto de sus visiones propias de la teoría de la justicia.

No obstante lo anterior, debemos recordar que, aunque en su mayoría Dworkin está de acuerdo con Rawls, éste construye una propuesta liberal igualitaria, desde una visión ética filosófica, que busca la unidad entre la libertad, igualdad y comunidad, como una visión integral política, donde el estado interviene para redistribuir los recursos en observancia de las variables relacionadas con las aptitudes y destrezas, así como las condiciones al nivel de sociedad.

Tiene un *modelo de desafío* que evita negar que las personas tengan intereses críticos y que sus vidas sean mejores o peores según el grado de satisfacción que se dé a esos intereses y su impacto en el valor objetivo de los estados del mundo, lo cual es un punto de vista aristotélico, en el sentido de que una buena vida tiene el valor inherente de un ejercicio ejecutado con destreza²²⁷.

²²⁶ Según Rawls la propuesta de una secuencia de cuatro etapas es parte de la teoría moral y no de una descripción fenomenológica de las constituciones reales. Esta formulación de una secuencia de etapas, de acuerdo con Rawls, está sugerida por la Constitución de los Estados Unidos y por su historia fundacional. El "cómo" puede ser interpretada y relacionada esta secuencia con la justicia procesal se puede estudiar a partir de Kenneth Arrow. Este economista fórmula el teorema de la imposibilidad, el cual a grandes rasgos presenta que no es posible formar cánones o reglas con arreglo a la racionalidad siempre en la toma de decisiones legislativas, judiciales o sociales, ya que existen múltiples variables que evitan resultados apodícticos. Ver ARROW, Kenneth, "Social choice and individual values", 2 ed, New York: John Wiley and Sons, Foundation Monographs Series, 1963.

²²⁷ DWORKIN, Ronald, "Ética privada e igualitarismo político", 1 ed, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1993, p. 116.

Propone un *principio de neutralidad* integrador en términos de moralidad pública, en el sentido de que, el estado debe ser independiente respecto de cualquier concepción del bien particular o respecto de lo que dote de valor a la vida, de manera que la imparcialidad se debe asemejar a la vida particular ²²⁸ (este se entiende inmerso en el primer principio de Rawls). Otro aspecto importante es el test de envidia²²⁹ y la subasta, con lo cual se busca equilibrar adecuadamente el peso que corresponde otorgarles a las circunstancias y las elecciones, sin eliminar por completo la influencia de las desventajas naturales²³⁰, lo cual le permite acceder al conjunto de recursos que prefieren, y maximizarlos con trabajo o dedicarse al ocio, lo cual no va a generar redistribución porque cada uno desarrolla la visión de vida buena que quiere²³¹.

Partiremos para plantear las sugerencias o críticas, del reclamo de que Rawls sobrepone lo correcto a lo bueno, de manera que, que no se toma una postura, con relación a la concepción de vida buena, sino que se separa y distingue entre lo bueno y lo justo²³². Así las cosas, el liberalismo igualitario de Dworkin debe diferenciar entre la personalidad y las circunstancias de cada persona²³³, también entre lo precedente y lo futuro en cuanto sus decisiones. Esto significa que se debe considerar igualar respecto de las circunstancias (materialmente), dado que

²²⁸ DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Óp. cit., pp. 240-241, 244-245; DWORKIN, Ronald, *“Ética privada e igualitarismo político”*, Óp. cit., p. 17.

²²⁹ “...ustedes pueden ser mucho más felices o estar más satisfechos con su vida de lo que yo lo estoy, a pesar de que yo no cambiaría mis recursos por los suyos. La igualdad liberal es igualdad de recursos no de bienestar.” DWORKIN, Ronald, *“Ética privada e igualitarismo político”*, Óp. cit., p. 87-90.

²³⁰ GARGARELLA, Roberto, *“Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política”*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999, p.75.

²³¹ *Ibidem*, p. 75.

²³² DWORKIN, Ronald, *“Ética privada e igualitarismo político”*, Óp. cit., p. 40.

²³³ GARGARELLA, Roberto, *“Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política”*, Óp. cit., p.75.

contraintuitivamente²³⁴ obtiene resultados gravosos para los menos favorecidos, desde el punto de vista también de sus condiciones físicas y mentales²³⁵.

Los individuos se deben responsabilizar de sus resultados de las empresas que emprenda. Por ello, Dworkin considera un principio de igualación de recursos, donde se funcionen los principios de diferencia²³⁶ e igualdad de oportunidades²³⁷. En este punto Dworkin piensa que Rawls inobservó la visión comprensiva de dignidad humana y responsabilidad individual²³⁸, dado que, la posibilidad de llevar una vida buena debe estar presupuestada por los recursos iguales, así como no debe estar condicionada por nadie y cada uno es responsable de conseguir una vida buena²³⁹.

Otro punto de distanciamiento está en la consideración de Dworkin de que se debe defenderse una medida objetiva para determinar la justicia, por ello, introduce el concepto de *recursos* para que se evalúe la condición de las personas considerando que los recursos que tienen y las razones por las cuales los poseen o carecen de ellos, siendo una cuestión de recursos iguales (materiales)²⁴⁰.

²³⁴ “El hecho de que la teoría de Rawls resulte demasiado insensible a las dotaciones de cada uno puede ser explicada del siguiente modo: los dos principios de justicia de Rawls dejan lugar a que algunos sujetos resulten desaventajados por circunstancias que no controlan, dado que su teoría de la justicia «define la posición de los que están peor en términos de la posesión de bienes primarios de tipo social —p. ej., derechos, oportunidades, riqueza, etc.—» y no en términos de bienes primarios de tipo natural —p. ej., talentos, capacidades mentales o físicas, etc.—. Esta opción lleva a algunos resultados contraintuitivos. Por ejemplo, una persona con ingresos algo mayores que otra, pero con graves afecciones físicas, se encontraría —conforme a la teoría de Rawls— mejor que esta última, aun cuando sus mayores ingresos no le resulten suficientes para pagar las medicinas que requiere debido a sus desventajas naturales.” GARGARELLA, Roberto, “Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política”, Óp. cit., p. 72.

²³⁵ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., pp. 271-273.

²³⁶ Ver DWORKIN, Ronald, “Virtud Soberana”, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2003, pp. 359-361

²³⁷ “Del mismo modo, el Estado igualitario no podrá verse obligado a cargar con los «gustos caros» de quienes hayan cultivado este tipo de preferencias. En este punto, y a pesar de algunas variaciones que enseguida veremos, las coincidencias entre Rawls y Dworkin resultan obvias”. Ibidem, p. 71.

²³⁸ DWORKIN, Ronald, “La democracia posible: Principios para un nuevo debate político”, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2008, pp. 135-136.

²³⁹ Ibidem, pp. 35-36.

²⁴⁰ Ibidem, p. 71

Para este contexto de la primera etapa, es decir, la posición original los principios de justicia han sido ya acordados, junto con las condiciones económicas que regirán a la comunidad. Lo anterior, fruto de una discusión moral, donde estos principios son el cemento del orden de los derechos y deberes sociales, de manera que, la aplicación de los principios es la sustancia aquí, en términos de justicia como imparcialidad. Otro presupuesto de partida es que la constitución tiene que ser justa, para así permitir el desarrollo de una democracia constitucional que garantice libertades individuales (conciencia y pensamiento, personal e igualdad de derechos políticos)²⁴¹.

En relación pertinente refiere Jeremy Waldron que las ideas en la tradición norteamericana de igualdad o protección igual y libertad provienen de pensadores como Locke, que luego Rawls tomará en un sentido secular para estructurar la posición original y proporcionar una base para el respeto mutuo en una sociedad bien ordenada²⁴². Dworkin refiriéndose al derecho a la igualdad, señala que es una exigencia de una constitución liberal. Entiende que las personas en la posición original protegerían las libertades básicas iguales, dado que son un presupuesto para la igualdad de respeto.²⁴³

En la etapa Constitucional, Rawls posiciona el principio de la igualdad de la libertad para formar el congreso constituyente. Allí sus principales intereses gravitan en las libertades fundamentales de las personas, de manera que la futura constitución justa, permite la base sobre la cual se erige la igualdad ciudadana y realiza la justicia política, debido a que ya se contaría con los respectivos procedimientos para crear y aplicar las leyes.

²⁴¹ RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Óp. cit., p. 193.

²⁴² Ver WALDRON, Jeremy, "God, Locke, and equality: Christian foundations in Locke's political thought", 1 ed, New York: Cambridge University Press, 2002, p. 45.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 275.

En la etapa legislativa, el principio de iguales ventajas asequibles tiene como objeto que las políticas sociales y económicas se maximicen a los menos aventajados, sin afectar a los demás, bajo escenarios de igualdad de oportunidades, en los cuales se mantengan las mismas libertades para todos, permitiendo así, la manifestación de los hechos generales sociales, políticos y económicos, bajo la cooperación social mutua, en el marco de condiciones y jerarquías delimitadas²⁴⁴.

En la etapa de adjudicación judicial y administrativa, se aplica las reglas a casos individuales, de manera que, los integrantes de la comunidad política obedecen las reglas en un sentido kantiano. El contenido de la razón pública está en la concepción de justicia concertada públicamente (posición original). Allí se detalla los derechos, las libertades y las oportunidades, los cuales se les asigna una prioridad lexicográfica, así como la certeza de garantía de las medidas necesarias para cumplirlas, independientemente de todo tipo de doctrinas onmicomprensivas²⁴⁵. La judicatura que ejemplariza esta razón pública se representa como protectora de la constitución emanada del consenso entrecruzado, cuya garantía expresa la articulación entre los términos consensuales de legitimidad político-moral y de validez jurídico-política²⁴⁶.

Dworkin al igual que Rawls comparte ²⁴⁷ la prioridad a libertad en la concepción del liberalismo. En aquel razonamiento se asigna primacía a mantener las libertades básicas sobre otros menesteres y finalidades en el campo social (voluntad de la mayoría). Dentro de la visión de una constitución liberal la garantía de las libertades básicas²⁴⁸ será fundamental y la aplicación de estos principios de pilares concurrirá a través de un constructo lexicográfico, con el cual se parte del principio de iguales

²⁴⁴ Ver *Ibidem*, pp.194-195.

²⁴⁵ Ver MEJÍA, Oscar, “*Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo.*”, 1 ed, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 44.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 44.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, *Óp. cit.*, p. 270.

²⁴⁸ Dworkin diferencia entre libertad general (como el mínimo posible de restricciones globales) y las libertades individuales (la exención de tales restricciones en determinados actos a los que se considera especialmente importantes como la participación en política).

libertades, como presupuesto de los siguientes principios en un orden consecutivo, de manera que, no se puede divisar el siguiente principio sin estar satisfecho el anterior, dado que, el principio de iguales libertades es la base para aplicar los siguientes principios, los dos principios de justicia no están sujetos a regateos.

Dicho orden lexicográfico conocido por Dworkin²⁴⁹, nos permite entender que en el proceso de cuatro etapas de Rawls²⁵⁰, el peso de los principios es establecido en la etapa constitucional por el constituyente. Sólo con el producto constitucional real y superada una etapa hipotética intuicionista²⁵¹, podemos hablar de peso y fuerza vinculante de los principios, pero los únicos principios que no están sujetos a regateo y discusión son los de libertad y diferencia (con las adiciones señaladas por Dworkin supra). Éstos condicionan los siguientes principios que sí son discutidos, interpretados y defendidos por los juristas a través de la construcción del peso de los mismo o hallar el valor de verdad²⁵².

Entonces, la aplicación de los principios se apoya en el criterio del peso y no aquel que bien quiera darle el operador jurídico discrecionalmente. Este peso deriva de las ideas del constituyente y la construcción del peso con las diferentes prácticas institucionales que se han consolidado, es decir, que sólo se tienen aquellos derechos jurídicos que la constitución garantiza y podemos identificar en una clara línea de precedentes²⁵³.

Un determinado principio es principio porque es obligatorio y puede establecerse su peso en el contexto de un caso difícil, de manera que como criterio orientador del caso determina como puede inclinarse el operador jurídico en un sentido u otro sentido²⁵⁴, por ello a partir de Dworkin podemos predicar que los principios son

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., pp. 269-270.

²⁵⁰ RAWLS, John, "*Teoría de la justicia*", Óp. cit., p. 245.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., pp. 235-236.

²⁵² DWORKIN, Ronald, "*Justicia para erizos*", Óp. cit., p. 254.

²⁵³ Ver *Ibíd*em, pp. 212-213, 218

²⁵⁴ Ver *Ibíd*em, p.80.

esenciales para la construcción de los argumentos que soportan los juicios relacionados con determinados derechos y obligaciones jurídicas.

No de forma necesaria podemos demostrar el peso de los principios como se hace con las reglas, como la validez en un razonamiento de todo o nada, sin embargo, sí podemos construir la justificación y argumentos de dicho peso. Como se ha dicho, Dworkin nos recuerda que el operador jurídico al igual que un oficial se encuentre en una situación de elección de soldados con experiencia, en la cual no hay un factor único que dicte qué soldados tienen más experiencia, ambos tendrán que construir el peso.²⁵⁵

Los principios no imponen resultados, sino que orientan las decisiones como estándares de justicia, equidad y moralidad, aunque no de tal manera que sean definitivos (no siempre en la práctica prevalecen y son discutibles). No obstante, pervive en las decisiones judiciales sobre casos difíciles asuntos problemáticos más profundos que los lingüísticos, en verdad subyacen problemas morales relacionados con la justicia, por ello Dworkin ilustra que la decisión judicial debe siempre responder en los casos difíciles a las preocupaciones sobre cuáles son los estándares, indagando cuál es la naturaleza del alegato moral, intentando esclarecer el principio de justicia que en la práctica judicial se debe aplicar²⁵⁶.

En el topos del derecho como integridad, el peso de los principios persiguen la obtención de la respuesta correcta a través de una metodología de encadenamiento constructivo de la jurisprudencia, por medio de la suma precedentes en un coherente relato, donde cada una de las etapas a saber, preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa; a) se identificará las normas y el precedente, en el cual se empleó el peso en un principio, b) lo cual implicará la construcción de una justificación general creativa en lo posible apelando a una amalgama de prácticas y

²⁵⁵ Ver *Ibíd.*, p. 89.

²⁵⁶ Ver *Ibíd.*, pp. 48-50.

principios sobreentendidos, que están presentes en la historia, constitucional, legislativa y judicial de la comunidad política, c) finalmente, con el precedente nuevo que construye el precedente y se ajusta el mejor sentido de la práctica como lo mejor posible, en el entendido de lo correcto como construcción de coherencia y no como una demostración propiamente apodíctica.

Otra condición para la materialización de la respuesta correcta está relacionada con una teoría del derecho que pueda explicar consistentemente el porqué se apoya en estas instituciones y normas, y sus intervinientes aceptan y se someten al conjunto normativo de ese sistema legal, pero su aprobación se da porque la institución que se discute es discutible, en el marco que la misma lo permite, de manera que los intervinientes se someten a la normativa como conjunto porque sus iniciativas se van a estudiar, por parte del operador jurídico en su totalidad y no solamente las reglas. Asimismo, allí en la fragua de la decisión del caso difícil referente a qué derechos poseen las partes (derechos preexistentes al momento de suceder los hechos dentro del estudio de la decisión judicial), será, precisamente, un argumento dentro de la decisión judicial los derechos que tienen realmente las partes²⁵⁷.

Igualmente, tenemos como presupuesto para poder contemplar la posibilidad de la tesis de la respuesta correcta es la necesidad de un evolucionado sistema jurídico, el cual se debe caracterizar por su robusta normativa y prácticas constitucionales definidas, las cuales dan lugar a la construcción de justificaciones fuertes que alimenten la posibilidad de alcanzar la mejor decisión judicial en el contexto de los casos difíciles.

Finalmente, se debe recordar a modo de cierre que esta tesis funcionará en el contexto de liberalismo igualitario, donde se privilegia constitucionalmente la defensa de los derechos individuales en una línea de política moral, donde en

²⁵⁷ Ver *Ibidem*, pp. 174-176.

concreto se privilegia una posición que tuerca entre el liberalismo clásico y el comunitarismo, ya que, los proyectos de vida de los miembros de la comunidad son moralmente buenos si están en sinergia con una perspectiva ética categórica colectiva²⁵⁸.

4. Críticas a la respuesta correcta

Con relación a las críticas de la respuesta correcta en esta fragmento, éstas serán abordadas, principalmente, desde Habermas en el texto *Facticidad y Validez*, ya que para este trabajo una de las críticas más gruesas está aparcada en lo expuesto por este autor. Luego se formulará unas aclaraciones a partir de Dworkin, respecto de sus detractores, con el fin de plantear un diálogo neutral de los autores, por parte quien escribe este texto, pero muy localizado en el campo de la visión interna del derecho, ya que es uno de los elementos centrales que se analizan en el trabajo desarrollado aquí, en cuanto la necesidad de nuestro autor de objetividad en la decisiones judiciales, la seguridad jurídica y un camino alternativo al ejercicio tradicional de interpretación del derecho, principalmente, por parte del positivismo jurídico.

4.1. Las críticas internas

En términos de Habermas la figura de un juez solitario con un modelo Herculeano es un planteamiento monológico. Desde el punto de vista de la integridad, el juez reconstruye racionalmente el derecho vigente como expresión de una idea de Estado de derecho, que la administración de justicia se limita a tomar el acto fundacional constitucional y la práctica constitucional de los ciudadanos implicados.

²⁵⁸ Ver DWORKIN, Ronald, *“La comunidad liberal Ronald Dworkin: introducción de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo: traducción de Claudia Montilla”* 1 ed, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1996, pp.131-132,177.

Según Habermas, Dworkin oscila entre la perspectiva de los ciudadanos, desde donde legítima los deberes de los jueces y la visión del juzgador que pretende un privilegio de conocimiento, el cual estriba sobre sí mismo, particularmente, cuando su reinterpretación ha de desviarse de todas las demás interpretaciones.

De acuerdo con Michelman estos postulados presuponen que el juez, tanto en virtud de sus conocimientos y habilidades profesionales, como a merced de sus virtudes personales, está especialmente cualificado para asegurar, en sustitución y representación de los ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica²⁵⁹, y ahí dice Habermas, es donde cabe la crítica, porque el hecho de que cada uno de los jueces esté subjetivamente convencido de poder llegar en virtud de sus teorías a la única respuesta correcta, no significa que sea así. Precisamente la integridad de la comunidad debería servir de forma reflexiva a la articulación abstracta que hace un juez del derecho vigente en términos de la acción comunicativa, una comunidad de intérpretes constitucionales. Sin embargo, dice Habermas que el planteamiento monológico se vuelve sobre todo insostenible, cuando con Günther se consideran necesarios paradigmas jurídicos reductores de la complejidad.

La precomprensión paradigmática del derecho sólo puede restringir la indeterminación del proceso de decisión teóricamente dirigido y garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica si es intersubjetivamente compartida por todos los miembros de la comunidad jurídica y expresa una autocomprensión constitutiva de la comunidad jurídica. Cambiar lo que se deba cambiar o *Mutatis mutandis*, esto vale también para una comprensión procedimentalista del derecho que cuenta de antemano con una competencia entre diversos paradigmas, que se ve regulada discursivamente. Añade Habermas que, por esta razón es menester un esfuerzo cooperativo para invalidar la sospecha de ideología.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y validez", 4 ed, Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005, p. 294.

El juez individual ha de entender básicamente se interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos (crítica solipsista)²⁶⁰. Este punto en esencia es compartido por Häberle al expresar que, en el caso de un juez constitucional, éste no interpreta de forma solipsista, sino que varios deben participar en el procedimiento, pues se toma en cuenta las fuerzas pluralistas para la decisión²⁶¹.

De igual modo, Habermas citando a Michelman crítica la concepción monológica que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial, dice éste que le falta diálogo al juez Hércules en su solitaria y heroica tarea, la cual es realizada a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otredad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Finaliza la referencia, diciendo que Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre, ni ninguna mujer podrán ser así. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad²⁶².

A continuación, y para finalizar este aparte se presentarán otras críticas a la respuesta correcta, donde se señala, principalmente que Dworkin confunde la teoría del derecho válida universalmente con la adjudicación particular de un sistema jurídico universal, con lo cual se confunde las visiones internas y externas del derecho²⁶³. El enfoque en esas críticas se justifica en la línea argumental y objeto de estudio de este trabajo, por ello sólo presentaremos la perspectiva críticas internas y externas, cuya clarificación será objeto de los capítulos VII y VIII.

²⁶⁰ Ibidem, pp. 294-295.

²⁶¹ HÄBERLE, Peter, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la constitución", Revista sobre enseñanza del derecho, 2008, ISSN 1667-4154, No. 11, p. 51.

²⁶² HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y validez", Óp. cit., p. 295.

²⁶³ ARANGO, Rodolfo, "¿Hay respuestas correctas en el derecho?", Óp. cit., p.19.

Tenemos a Philip Soper, quien afirma que en absoluto la tesis Dworkiniana da una razón de por qué debería hacerse extensible a todos los sistemas jurídicos la reclamación al derecho angloamericano que se le impone al juez de encontrar la mejor justificación moral y política de su decisión. Por otro lado, Según Burton, Dworkin desiste de la idea de que la identificación del derecho es un asunto de evaluación moral, pues cree que éste se aproxima al positivismo moderno, cuando supedita la actitud interpretativa a la existencia de un alto grado de consenso en la etapa preinterpretativa²⁶⁴.

Tenemos a Hart²⁶⁵, quien resalta que la objeción principal de Dworkin está en que la teoría jurídica tiene que tomar una visión interna del derecho, " *...la cual consiste en el punto de vista de un participante dentro de un orden jurídico y ninguna explicación adecuada de esta perspectiva interna puede ser proporcionada por una teoría descriptiva cuyo punto de vista no es el de un participante, sino la de un observador externo*" ²⁶⁶.

No obstante, no existe impedimento a un observador externo participe de la descripción de la forma plantea un punto de vista interna, con lo cual cree que su opuesto proscribiera cuando plantea la teoría del derecho, como la teoría de la adjudicación, es decir, una visión interna sin distinción de los dos sistemas²⁶⁷. Otro

²⁶⁴ Ibidem, p. 20.

²⁶⁵ "Joseph Raz considera que la propuesta interpretativa de Dworkin es un nuevo intento fallido de rebatir el positivismo de Hart. Inicialmente, Dworkin introdujo la distinción entre reglas legales (estándares aplicables a la manera de todo o nada) y principios (estándares que incorporan razones no concluyentes para la decisión), con miras a demostrar que Hart no lograba explicar la complejidad del derecho al restringir su definición a un conjunto de reglas. Posteriormente, objetó que la regla de reconocimiento propuesta por Hart no abarcaba criterios de validez para identificar el derecho "implícito". Con esta réplica, afirma Raz, Dworkin distorsionaba la función de la regla de reconocimiento, ya que ésta no incorpora siquiera criterios para identificar el derecho "explícito"; su única tarea es identificar qué actos son creadores de derecho. La teoría interpretativa -según Raz-, no es más que un nuevo ataque al positivismo a partir del problema de la interpretación legal.". Ibidem p, 22-23.

²⁶⁶ HART, Herbert, "Post scriptum al concepto de derecho", México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 15.

²⁶⁷ "...para Dworkin la pregunta por el concepto del derecho no puede distinguirse de la pregunta por los criterios de su aplicación, Hart da por sentado que se trata de dos preguntas diferentes: la primera versa sobre los criterios para identificar lo específicamente jurídico -en contraposición a lo moral o a lo social-, en cualquier sistema legal (teoría del derecho); la segunda, busca describir la práctica judicial de un sistema jurídico particular (teoría de la adjudicación). Desde la perspectiva del autor norteamericano, por el contrario, el concepto del

aspecto es que de acuerdo con Hart no hay ninguna explicación adecuada de esta perspectiva interna puede ser proporcionada por una teoría descriptiva cuyo punto de vista no es el de un participante, sino la de un observador externo²⁶⁸.

En el caso de John Finnis reprochará que Dworkin toma como sinónimos "el derecho" (en sentido universal) y "de un derecho" (en sentido particular). De acuerdo con lo que plantea sólo se puede hablar de verdad o falsedad de las proposiciones normativas emitidas por los miembros de la comunidad, es decir, en un sentido particular, de manera que teorías del derecho, como el iusnaturalismo y el iuspositivismo no contemplan un entorno particular asociado a un sistema legal específico, por lo que no se deben denominar teorías semánticas²⁶⁹.

Carlos Nino que manifiesta la equivocación de Dworkin, cuando crítica al positivismo jurídico a la discreción judicial, ya que según él confunde circunstancias, de un lado la situación del juez que debe decidir un caso y de otra parte la situación del observador que describe el contenido del sistema jurídico. Este supuesto en términos de Nino se deriva de la equivocada postura que cree que los positivistas aceptan un concepto de derecho tal que no podría ser usado adecuadamente en el tipo de empresa descriptiva cuya factibilidad es la principal bandera del positivismo²⁷⁰. Lo anterior, a su vez se puede explicar porque la regla de reconocimiento sólo describe el derecho, pero no dice nada de cómo deciden los jueces²⁷¹.

derecho sólo adquiere pleno sentido en la práctica jurídica, lo que explica la no diferenciación entre el concepto del derecho y los criterios de su aplicación." ARANGO, Rodolfo, "¿Hay respuestas correctas en el derecho?", Óp. cit., p. 22.

²⁶⁸ Ibidem, p. 15-16.

²⁶⁹ Ibidem, p. 23.

²⁷⁰ NINO, Carlos, "La validez del derecho", Bogotá D.C.: Editorial Astrea, 2013, p. 164.

²⁷¹ Ibidem, p. 164.

4.2. La postura de Dworkin

Recordemos uno de los debates distintivos de la teoría del derecho, como es el caso del debate entre Hart y Dworkin. Para Hart, en los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, en la cual indiscutiblemente, fulgura el componente discrecional. Por otro lado, Dworkin dirá que la respuesta correcta está inmersa en el ordenamiento jurídico —debe ser hallada—, de manera que los casos difíciles tienen una respuesta correcta. Aquí podemos ver la tensión entre seguridad jurídica en las decisiones judiciales y la racionalidad de la decisión judicial, que para el positivismo implicará que la inevitable vaguedad del lenguaje obligue al juez a interpretar en un marco decisionista, donde el criterio del juzgador dará lugar a una solución discrecional dotada probablemente de su ética personal.

Aquí es donde la interpretación y reconstrucción de los principios desde una concepción moral política para Dworkin representará la respuesta a la incógnita en la formación de las decisiones judiciales, cuyo componente de la razón contextualizado con la tradición de hechos pasados acreditados da lugar a la legitimación de las decisiones judiciales, que no es más que el uso de los principios a través de un círculo hermenéutico con una estela de moral política, en el cual se aborda una etapas preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa, en una metodología de novela en cadena.

Esta parte del capítulo se enfocará en la aclaración de los postulados de Dworkin, con relación a la crítica de su teoría de la respuesta correcta. En términos de Habermas la figura de un juez solitario con un modelo Herculeano es un planteamiento monológico. Desde el punto de vista de la integridad, el que el juez reconstruye racionalmente el derecho vigente como expresión de una idea de Estado de derecho que la administración de justicia, se limitan a tomar el acto fundacional constitucional y la práctica constitucional de los ciudadanos implicados. Según Habermas Dworkin oscila entre la perspectiva de los ciudadanos, desde

donde legítima los deberes de los jueces, y la visión del juzgador que pretende un privilegio de conocimiento y finalmente éste estriba sobre sí mismo cuando su reinterpretación ha de desviarse de todas las demás interpretaciones.

Dworkin, como gran exponente de la tesis de la respuesta correcta, durante su vida se enfrentó a la postura del positivismo jurídico y al escepticismo. Su principal descontento se relacionó con respuestas distintas y difusas en lugar de respuestas correctas. Se apoyó en la razón y la imaginación, y como respuesta a sus opositores, expresó lo siguiente:

“...desde el principio insistí en que no era eso a lo que hacía referencia, el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta. En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué se trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría de derecho que defiendo. Afirmino que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho.”²⁷²

Para Dworkin el derecho es un ejercicio de interpretación-argumentación y un fenómeno social, el cual puede entenderse mejor desde la perspectiva de la estructura del derecho y la moral política. De ahí que tome como objeto de estudio el arbitrio judicial, para desarrollar su postura sobre respuestas correctas en el campo judicial. Este ejercicio de un lado servirá para hallar el valor de verdad de las expresiones o enunciados que justifican una posición y a su vez para describir un derecho o deber dentro de una institución del derecho, por otro lado, permitirá

²⁷² DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Óp. cit., p. 11.

estudiar el propósito de las prácticas sociales (existencia y [valor] sentido, pero con norte de lo justo). La respuesta correcta se establece como una crítica, donde operativamente ésta se halla a través del trasegar en unas etapas de orden ontológico, hermenéutico y pragmático, las cuales a grandes rasgos implican una identificación de la normativa, una justificación de forma coherente de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación, entendido como la necesaria aplicación de la mejor justificación.

Lo anterior para señalar que por ser su objeto de estudio el arbitrio judicial en cuanto el método de la construcción de la decisión correcta no es una razón para descartar un elemento intersubjetivo. Por otro lado, tanto los cuerpos colegiados como las comunidades de intérpretes constitucionales no es novedad; en el caso de las cortes constitucionales, en el desarrollo de los procedimientos hay participaciones ciudadanas y de entes estatales, de manera que la retroalimentación, diálogo e intersubjetividad están allí.

Volviendo a Dworkin se debe anotar que él ya ha considerado este elemento intersubjetivo para lo cual cito los siguientes apartes:

“En el texto, sostengo que un científico social que intenta comprender la práctica social argumentativa como la práctica de la cortesía (o, tal como afirmaré, derecho) debe participar del espíritu de sus participantes ordinarios, aun cuando su participación sólo sea “virtual”. Como su intención no es la de interpretarse entre sí en la forma de conversación cuando ofrecen sus opiniones acerca de aquello que en realidad requiere la cortesía, tampoco puede hacerlo él cuando ofrece sus opiniones. Su interpretación de la cortesía debe luchar contra la de

ellos y, por lo tanto, tiene que ser una interpretación constructiva en lugar de una interpretación de conversación.”²⁷³

Para finalizar se anota que su sistema teórico está construido sobre la base de sus críticas, primariamente, al positivismo jurídico, en cuanto la deficiencia en la justificación de las decisiones judiciales y la forma de interpretar el derecho. Sin embargo, su postura va más allá objeciones respecto de la teoría jurídica, puesto que él busca que se asuma una postura de primera persona y responsabilidad de rol, cuando se deciden casos difíciles, los cuales se orientan por principios extraídos del pacto político y la construcción de las instituciones en el transcurso de la historia constitucional.

5. Resumen y consideraciones

En el contexto de los casos difíciles, donde no hay una norma específica de aplicación en términos de todo nada y, es patente la disputa respecto derechos y obligaciones, requerimos de imperativos de justicia, en un sentido de honestidad o moral como tal²⁷⁴. En estos casos existe una respuesta correcta, pero ésta debe ser hallada a través de una amalgama de prácticas particulares que unen el pasado con el presente, mediante una narrativa en cadena, en el marco de una tradición histórica-constitucional que reconstruye el derecho como coherencia, la cual es posible gracias a una serie de presupuestos de orden jurídico, político, moral y de justicia.

En este aparte reconstruimos el origen de la tesis de la respuesta correcta a partir de las críticas y disonancias de Dworkin con el positivismo jurídico, pero teniendo presente que la respuesta correcta es un llamado de atención a los operadores

²⁷³ Ibidem, p.294

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald, “*Filosofía del derecho*”, Óp. cit., p.118.

jurídicos de carácter moral, como deber respecto a la comunidad política de traer justicia a las decisiones judiciales. Es así como tenemos las críticas a la interpretación y la discrecionalidad, donde se busca ante todo la seguridad jurídica y la protección de los derechos individuales de los miembros de la comunidad política, en una enmarcada concepción de moral-política constructivista, que privilegia los principios a la hora de decidir casos difíciles.

Como características principales de la tesis de la respuesta correcta en el derecho tenemos que: i) hay un derecho preestablecido, de manera que no hay lugar a la creación de derecho ii) por ello el juez no posee discrecionalidad en sentido fuerte ni un poder político, que le consienta la aplicación de normas retroactivas. iii) Una respuesta correcta corresponde con una teoría del derecho que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes²⁷⁵. iv) Los principios son estándares orientadores en el contexto de los casos difíciles. v) La aplicación de los principios a diferencia de las reglas en el contexto de los casos difíciles se aplican mediante un criterio de peso, que es construido a través de un conjunto de prácticas que unen el pasado con el presente de la historia constitucional, en una coherente “novela en cadena”, la cual da cuenta de lo que es derecho en esa comunidad política.

El punto de **problematización** de la propuesta de Dworkin se da a partir de la filosofía moral, sin embargo, desde la visión del autor se encuentra que su concepción moral es una triada equilibrada de derecho, política y moral, es decir, una moral política, pero de corte deontológico, dado que, los principios con pesos determinados dentro del sistema jurídico y con pretensión de universalidad, permiten llegar a el campo de lo correcto, porque el juez decide sobre casos difíciles echando mano de los principios por deber.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 20.

En términos generales el **objeto de estudio** del Dworkin en su obra es el arbitrio judicial, donde el juez *Hércules* halla el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la edificación de argumentos que justifican una posición acudiendo a principios de moral política e instituciones del derecho.

El cómo se fórmula la esta tesis de la respuesta correcta lo podemos observar a través de la crítica en sentido fuerte, se basa en el punto de vista interno del ejercicio del derecho, debido a que ataca el ejercicio de interpretación, cuyo propósito debe ser la coherencia narrativa del discurso jurídico, y no por el contrario una forma apodíctica o analógica de aplicación del precedente, de manera que, se tiene una visión, en sentido epistemológico del derecho con construcción interpretativa integral (derecho, política y moral).

El **para qué** lo reconocemos en el reclamo a los operadores judiciales respecto de qué deben los jueces establecer lo que es vinculante normativamente. Señaló el autor que, los operadores judiciales deben ir a los precedentes y usar la interpretación, para descubrir la respuesta correcta. El ejercicio de la tesis estará en hallar la mejor decisión judicial, con la cual se justifica el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la argumentación en el marco de una valoración a través de la selección de los principios e institución del derecho, de ahí que, la discrecionalidad está proscrita para Dworkin.

Con relación al **fin**, se tiene que persigue atender los menesteres de una comunidad política con coherencia y en observancia de los principios instituidos, con un criterio de justicia, donde existe el respeto y el trato igual por aplicación de principios, los cuales están abrigados por alguna decisión judicial de la historia institucional, que forzosamente desde Dworkin tiene un juicio sobre la moralidad política, de manera que, en un sistema jurídico injusto no podríamos hablar de respuesta correcta en el derecho.

En suma, tenemos una identificación de la normativa, una justificación de forma coherente de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación. El Juez Herculiano bajo el deber moral de corte kantiano, busca la justicia como fin, mediante un razonamiento de moral política, donde la fuerza gravitacional de los precedentes se nutren argumentos de principio la justificación de la jurisprudencia construida con elementos coherentes entre sí de los precedentes históricamente interpretados como el sentido original que ensambla el pasado con el presente, en una narración perfectible que reposa en la canon de concepción del derecho como integralidad.

Es significativo resaltar que el juez opera con una responsabilidad moral, la cual implica que no puede rodear una situación que necesite tomar una posición respecto de principios, ya que se puede caer en la trampa de creer que se carece de seguridad en cuanto certeza con relación a la respuesta correcta de un cuestionamiento, es decir, evitar la posición de primera persona por rol, no da crédito a que se deseché creer que hay respuesta²⁷⁶. Por otro lado, se debe entender que, dentro de la crítica al escepticismo interno, Dworkin diferencia entre indeterminación de la incertidumbre, las cuales necesitan de una teoría positiva para que se sostengan. La indeterminación nos enfrenta a la elección entre varias opciones que el elector considera razonables (positivistas dicen que es debido a la vaguedad del lenguaje del derecho), el punto es que el elector no sabe cuál es más consistente²⁷⁷. El error aquí es considerar válida la indeterminación²⁷⁸. Por otro lado, la incertidumbre se refiere a que no tiene convicción ni a favor, ni en su opuesto, es un razonamiento por defecto, que implica no tomar posición, ni siquiera en sus excepciones²⁷⁹.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., pp. 51-52.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*. Óp. cit., p. 42.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Óp. cit., p. 177.

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald, *“El imperio de la justicia”*. Óp. cit., p. 43.

En cuanto el aspecto operativo de la respuesta correcta debemos anotar que, por medio del recorrido de etapas direccionadas a la mejor versión posible de la decisión judicial, estos abordan momentos relacionados la ontológica, la hermenéutica y la construcción práctica, donde el juez con aptitudes Herculianas ajusta el sentido de las justificación guiado por la moral política como deber y mantiene la gravedad de los precedente en una narración en cadena. Estos momentos referenciados anteriormente se desarrollaran en concreto con la identificación de la normativa, luego con una justificación de forma coherente de la decisión y finalmente un ajuste del sentido de la justificación.

Finalmente, respecto de las críticas se debe anotar que las lecturas de sus detractores no se hacen observando una teoría en conjunto, es decir, que no se percatan de que Dworkin ve el derecho como un concepto interpretativo, donde se media entre extremos, como lo son los iusnaturalistas, iuspositivistas y iusrealistas, pues en el ejercicio del derecho se describe y prescribe a la vez, bajo la orientación de principios. Asimismo, la respuesta correcta, tal y como lo afirmó en el imperio de la ley, es un reclamo moral a los jueces para que asuman un deber y una postura de la primera persona, de manera que no se asuma una postura escéptica o relativa y sí se persiga la pretensión de la mejor versión posible del derecho y la seguridad jurídica, bajo una teoría del derecho que no separa moral y derecho, sino que los ve soldados el uno del otro y alimentados de una tradición democrática constitucional.

CAPÍTULO IV. TEORÍA DEL DERECHO

1. Introducción

En la primera parte abordaremos el concepto de derecho en Dworkin. Esta teoría es una condición para el éxito de la respuesta correcta, ya que a partir de este concepto de derecho, el juez Herculeano al interpretar el derecho pretende hallar los principios válidos desde un sistema legal determinado, el cual integra a su concepción la moral política. Estas decisiones estarán cobijadas por la coherencia y una tradición jurídica, cuyo enfoque pretende llegar a decisiones justas. Aquí, el derecho es un apéndice en un árbol que representa la moral política, donde, también, moran la ética, la moral y la política.

En este contexto de la teoría jurídica de Dworkin, tenemos un elemento de preexistencia del derecho, aunque ninguna norma específica –en términos de una adecuación todo o nada–, le corresponda a la pretensión de una de las partes el derecho de ganar. El operador jurídico descubre el derecho sin mediación de cánones heurísticos retroactivos, lo cual no quiere decir que, de forma razonable los derechos no puedan estar en discusión por parte de los operadores jurídicos y los ciudadanos comunes .

Así mismo, el presupuesto de contexto se refiere a un sistema jurídico avanzado, donde se goce de una abundante normativa y jurisprudencia que honre la legitimidad, validez y eficacia. Hablamos de un sistema complejo con características particulares, donde se discuten razonablemente casos difíciles, los cuales permiten construir justificaciones en las decisiones judiciales, donde se explique y argumente el uso de una teoría del derecho determinada. De igual modo, Dworkin no ignoró la probabilidad de empates, la cual es escasa en el contexto de un sistema jurídico avanzado es muy baja. Sin embargo, los operadores jurídicos tienen el deber de

esforzarse minuciosamente para apreciar cuál de las partes intervinientes posee razones superiores frente la contraparte.

Otro presupuesto es el moral, en el entendido de la ramificación, bajo la concepción de árbol con relación al derecho. Aquí nos referimos al deber del operador jurídico de aplicar los principios al caso difícil, lo cual implica un nivel alto de argumentación y coherencia entre el pasado y el presente, expresado en la jurisprudencia. El fin será honrar la justicia, porque existe el respeto y el trato igual en esa comunidad política.

Finalmente, presentaremos un contexto y definición del derecho para nuestro autor. También, mostraremos el modelo Dworkiniano de cómo deciden los jueces y la reconstrucción de su teoría del derecho a través de las críticas a sus opositores.

2. Concepto de derecho

Dworkin fórmula su teoría del derecho a través de una senda alternativa al positivismo jurídico, al pragmatismo jurídico y al realismo jurídico, donde la reflexión jurídica pretende hacerse interesante al encontrarse con una visión del derecho como un fenómeno social. Esta senda alternativa abre paso a un punto de vista normativo de la fundamentación racional-moral. Esta visión tiene un matiz Kantiano por su método de justificación racional que empata el derecho, la moral y la política, lo cual permite determinar lo que es correcto en cada caso, es decir, decisiones que bajo los mismos presupuestos problemáticos valgan para todos (una pretensión de universalidad), sobre la base de la orientación de principios de moral política.

La interpretación jurídica es un arte, que se vale de diferentes tradiciones de las humanidades, como pasa con la interpretación literaria, la histórica o la teológica,

es decir, que interdisciplinariamente fluye desde y hacia otras disciplinas de las ciencias sociales y humanas. Busca la unidad y el entendimiento comprehensivo disciplinas interpretativas, que involucran la moral en el derecho²⁸⁰. De acuerdo con Dworkin, los desacuerdos en el mundo jurídico resaltan las relaciones más relevantes de relaciones de interpretación entre el derecho y otras disciplinas.

Con su obra *Los derechos en serio* provee una fórmula significativa y novedosa, que acopia de forma conciliadora elementos del iuspositivismo e iusnaturalismo. Este sistema legal es más que reglas apodícticas de todo o nada, también, posee principios jurídicos, que fungen como justificación de las instituciones de la comunidad. La preexistencia de estos principios jurídicos garantiza la universalidad, la consistencia y la coherencia en las decisiones de orden judicial. Estos principios son hallados y evaluados a la luz de la moral política, como producto de la tradición constitucional democrática. Toda norma se fundamenta en un principio, de ahí que los jueces no pueden crear normas retroactivas, apoyados en una función judicial discrecional.

Las críticas de Dworkin al positivismo dieron origen a un debate entre su postura y el círculo intelectual que defendía el positivismo de Hart. En el marco de las controversias suscitadas en este debate, fueron formuladas las denominaciones de positivismo excluyente o fuerte y positivismo incluyente o suave²⁸¹.

El primero, argumenta que los jueces pueden motivar sus decisiones sin acudir a principios de origen institucional, con lo cual se busca desvincular la relación entre fuerza vinculante y pertenencia al derecho. El segundo, acepta la idea de que los sistemas jurídicos poseen normas morales, como el caso de los principios a través

²⁸⁰ Ver DWORKIN, Ronald. *Palabras de Ronald Dworkin en la ceremonia de condecoración del premio internacional Ludvig Holberg*, Noruega: Fundación Holberg, 2007.

²⁸¹ FABRA, Jorge, *Principios, moral y positivismo: las respuestas Principios, moral y positivismo: las respuestas y redefinición del positivismo contemporáneo*, Revista Derecho y Realidad, 2014, ISSN: 1692-3936, No. 23, pp. 239.

de la regla de reconocimiento, sin embargo, la discusión gravita en qué tanto terreno gana la moral dentro del derecho a partir de los hechos sociales que se incorporan²⁸².

Considero que Dworkin sólo entendía un tipo de positivismo en el campo judicial, que tenía deficiencias y podía ser replanteado por una tercera vía en términos de integridad. En el marco de un congreso mexicano en el Instituto de Investigaciones de la UNAM del año 2006 en el que Dworkin participó, clarificó al profesor Jorge Mena Vásquez que desconocía la noción de “positivismo ético”, pues sólo estaba familiarizado con la noción de *positivismo legal*. Dworkin aclaró que la confusión se presentó cuando él reseñó la expresión *positivismo político*, usada por Jeremy Waldron en el debate acerca de la posibilidad de que el juez excluya su moral individual o discrecionalmente incorpore su moral y visión política, amparándose en la imperfección de la ley²⁸³.

A lo anterior, Dworkin agregó el ejemplo impropio de una democracia relacionado con la tesis originalista de la Corte suprema de los Estados Unidos según la cual ésta implica que los jueces tengan la facultad de crear derecho. Según Dworkin, aquí el juez no respeta los valores de la democracia y restringe una visión amplia, puesto que no comprende lo que ésta realmente es. Su intervención finalizó con dos puntos. De un lado, subrayó su idea de democracia relacionada con comprometerse con algo valioso, más allá de la postura de las mayorías que no reconocen los derechos individuales de la gente pobre. Por otro lado, señaló que el problema reside en la filosofía política y que no le llamaba la atención el positivismo ético o político; es más, consideraba mejor un positivismo analítico entre estas dos posturas²⁸⁴.

²⁸² Ibidem, pp. 239-241; Himma, Kenneth, “*Positivismo jurídico incluyente*”, Revista Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 2014, ISSN: 2007-4387, No. 8., p. 384.

²⁸³ DWORKIN, Ronald, “*Ethical Positivism, profesores Ronald Dworkin y Jorge Mena Vásquez*”, Video de Youtube, 11:48, Publicado el 19 de marzo de 2013. <https://www.youtube.com/watch?v=hja3BT-TH94&t=139s>

²⁸⁴ Ibidem

El concepto de derecho de Dworkin se puede reconstruir a partir de las críticas al positivismo jurídico de Hart. Principalmente, estas críticas van dirigidas al texto de Hart *El concepto del derecho* respecto de los siguientes aspectos: i) el derecho es exclusivamente un sistema de reglas; ii) la regla de reconocimiento es a la vez una regla social y; iii) el juez crea el derecho en los casos difíciles de forma discrecional.

El concepto de derecho Hartiano se basa en un sistema de reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias o básicas se refieren a aquellas normas que prescriben acciones u omisiones independientes de su voluntad. Estas reglas primarias imponen deberes de hacer o no hacer, movimiento o cambios físicos²⁸⁵, se relacionan, por ejemplo, con obligaciones civiles con las personas, tal como la obligación de los padres de sostener a sus hijos²⁸⁶ o las permiten coexistencia entre personas, como las que restringen el uso de la violencia, el robo o el engaño.

Las reglas secundarias son las que establecen la autoridad y la jurisdicción legislativa, ejecutiva y judicial²⁸⁷, también, dependen de las primeras reglas. Precisando, estas reglas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, así como introducidas, eliminadas, modificadas²⁸⁸. Estas reglas secundarias consienten en la potestad para que particulares y autoridades introduzcan nuevas reglas del tipo primario²⁸⁹, quiere decir que, las reglas secundarias dan lugar a la extinción, modificación de reglas anteriores, modificación del tipo de efecto o el control de su actuación. Igualmente, Las reglas secundarias podrán involucrar la creación o modificación de deberes u obligaciones²⁹⁰.

²⁸⁵ HART, Herbert, *“El concepto del derecho”*, Óp. cit., p.101.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ, César. *“La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin”*, 5 ed, Colombia: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2005, p. 25.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., p.391.

²⁸⁸ HART, Herbert, *“El concepto del derecho”*, Óp. cit., p.117.

²⁸⁹ Se llama “reglas de cambio” a la facultad que otorga las reglas secundarias, para crear reglas primarias, como por ejemplo cuando un legislador o un operador legal ejerce sus funciones u actuaciones.

²⁹⁰ HART, Herbert, *“El concepto del derecho”*, Óp. cit., p.101.

Se pueden encontrar ejemplos de reglas secundarias en los contratos y en las normas constitucionales. En los contratos, en virtud de las reglas contractuales, donde estas reglas secundarias crean reglas primarias que resultan en obligaciones de hacer, dar o no hacer²⁹¹. Con relación a las normas constitucionales, éstas estipulan como expedir leyes en general y normas de procedimiento que organizan las instituciones jurídicas en el ejercicio de sus funciones²⁹².

Un arquetipo de regla secundaria es la regla de reconocimiento. Este es un sistema de identificación, que suministra los criterios de validez de otras reglas dentro del sistema legal²⁹³. Para Hart el derecho válido es aquel que pasa por el filtro de la regla de reconocimiento. Para el caso inglés son las leyes del parlamento, las cuales dicen lo que es derecho como criterio supremo en una cadena jerárquica del sistema legal. En este contexto el elemento de autoridad y competencia tiene que estar claro, para diferenciar órdenes comunes de leyes válidas.

Además de su dimensión jurídica, como punto de vista interno, tiene a su vez una dimensión de medio último, que da cuenta del derecho vigente, sin condición de subordinación a la moral permanente e histórica, a partir de una práctica compleja, pero a la vez concordante con tribunales, funcionarios y particulares, que acuden a ciertos criterios, donde su existencia es una cuestión de hecho, es decir, el punto de vista externo se relaciona con la aceptación de la práctica como pauta o criterio de conducta²⁹⁴.

La regla de reconocimiento es considerada por nuestro autor, como el *pedigree* u origen independiente de su contenido. Para identificar la validez o invalidez de las

²⁹¹ RODRÍGUEZ, César. "La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin", Óp. cit., p. 26.

²⁹² Se llama "reglas de adjudicación" a las que regulan la forma en que ejerce la función de lo judicial.

²⁹³ HART, Herbert, "El concepto del derecho", Óp. cit., p.132.

²⁹⁴ *Ibidem*, pp.135-136.

normas²⁹⁵ da cuenta exclusivamente de la verificabilidad de la validez factual. La crítica recae en que la visión del derecho de Hart es insuficiente, puesto que el derecho implica más que reglas. Esto se evidencia en que, al no contemplar la regla de reconocimiento normas con estructura de principio no se pueden establecer siempre en términos de validez o invalidez. El derecho también tiene principios de contenido moral-político, que se identifican respecto de su origen a partir de su contenido justificativo.

Al referirse a la distinción entre normas jurídicas y la costumbre, resalta que la obligatoriedad de las normas por aceptación de una autoridad (dogma del positivismo), no es una constante, puesto que existen costumbres como en el derecho comercial, que se tornan obligatorias por aceptación social y su repetida práctica, y no por su validez concordante con una regla de reconocimiento²⁹⁶.

2.1. Discrecionalidad

Respecto de la tesis de discrecionalidad del positivismo, Dworkin encuentra una reclamación, ya que en la teoría positivista de la regla jurídica como obligación²⁹⁷, la regla jurídica prescribe la obligación, pero en los casos difíciles cuando no hay una regla concreta, no hay obligación jurídica, mientras el juez discrecionalmente cree una regla para el futuro. Entonces, estamos frente a una norma que existe al

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 65.

²⁹⁶ Ibídem, pp. 98-99.

²⁹⁷ "En toda sociedad, compuesta de individuos o de estados, lo que es necesario y suficiente para que las palabras de una promesa, acuerdo o tratado hagan surgir obligaciones, es que las reglas que así lo establecen y que especifican un procedimiento para estos actos que auto-obligan, sean generalmente acatadas, sin que se requiera que lo sean de modo universal. Cuando lo son, el individuo o el estado que a sabiendas usa estos procedimientos queda obligado por ellos, lo quiera o no. De aquí que incluso esta máxima forma voluntaria de obligación social implica algunas reglas que son obligatorias independientemente de la elección de la parte obligada por ellas, y esto, en el caso de los estados, es incompatible con la suposición de que su soberanía exige libertad frente a todas las reglas de ese tipo". HART, Herbert, "El concepto del derecho", Óp. cit., p. 278.

de caso estudio, de manera que, hasta ese punto, no existiría ningún posteriormente tipo de obligación jurídica²⁹⁸.

Hart plantea que la obligación proviene de la regla jurídica y que el operador legal podría crear derecho. Por lo anterior, la tesis de la regla de reconocimiento, como forma de identificación del derecho válido e inválido queda vencida, ya que al no poder acudir a un referente jurídico existente, no se podría hacer la revisión de validez, puesto que no existe un elemento jurídico contra el cual se pueda desplegar ese método de comparación o contraste.

2.2. La crítica a la regla de reconocimiento

A través de la crítica al concepto de regla social de Hart, Dworkin enerva la tesis de la regla de reconocimiento. Parte de la carencia de solidez y seguridad a nivel jurídico, que el ejercicio judicial, en la óptica de Hart, le daría a la regla de reconocimiento. En concreto, apoyarse en la regla social para justificar la decisión de un caso es incompatible con la teoría de la obligación y la metodología de rastreo de *pedigree*; puesto que es ingresar al plano de la relativización, ya que la norma social no siempre estará en sintonía con la norma que el operador legal esgrime para resolver el caso estudiado, lo cual es un signo de incertidumbre con relación a

²⁹⁸ “La doctrina positivista de la discreción (en el sentido fuerte) exigía este punto de vista de la obligación jurídica, porque si un juez tiene discreción, no puede haber derecho ni obligación jurídica –o sea ningún título– que él deba imponer. Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios. Por cierto, que habría que dar respuesta a muchas cuestiones antes de que pudiéramos aceptar este punto de vista respecto de la obligación jurídica. Si no hay regla de reconocimiento ni criterio para identificar el derecho en ese sentido ¿cómo decidimos qué principios han de contar?, y ¿en qué medida, en la elaboración de tal alegato? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro? Si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase, ¿Cómo puede servir de justificación para una decisión judicial [decir] que una de las partes tenía una obligación jurídica? ¿Coincide esta visión de la obligación con la forma en que se expresan abogados, jueces y legos, y es coherente con nuestras actitudes en lo tocante a la obligación moral? Este análisis, ¿nos ayuda a resolver los enigmas clásicos de jurisprudencia referentes a la naturaleza del derecho?” DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, *Op. cit.*, p. 100.

la obligación del operador legal en la decisión de casos difíciles. En suma, la regla de reconocimiento no es una regla social que prescriba ciertamente una obligación preestablecida.

En la práctica, el contenido de la norma que los individuos afirman en su nombre puede o no tener el mismo contenido que la práctica. La relación entre la práctica social y las afirmaciones normativas, pueden pugnar, si alguien encuentra que una práctica social no tiene sentido o es inadecuada o agravante; es posible que crea que no justifica. Entonces, la persona no reconocerá un deber que ella rechaza, pues a pesar de lo que los demás piensen, no le impone un deber²⁹⁹.

De igual modo, cuando Hart acepta que la regla de reconocimiento es incierta³⁰⁰ en algunos casos, no representa flexibilidad y complejidad a su postulado, en verdad no hay certeza de que los jueces tengan una concepción de regla social que no los divida. Es más, la regla social de reconocimiento como fuente de derecho es incierta³⁰¹, puesto que puede generarse el escenario donde no exista una norma social sobre problemas futuros, como, por ejemplo, el caso relacionado con que el presente Parlamento inglés limite a los parlamentos futuros. Los operadores

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 117.

³⁰⁰ *"No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada, de esta manera. Expresar este hecho simple diciendo en forma oscura que su validez, "se da por admitida pero no puede ser demostrada", es como decir que damos por admitido, pero no podemos demostrar, que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las repetidas en el sistema métrico, es en sí correcto."* HART, Herbert, *"El concepto del derecho"*, *Op. cit.*, p. 135.

³⁰¹ *De acuerdo con Dworkin no existiría la regla de reconocimiento. "...la teoría de la norma social ya no apoya, como lo hacía la teoría original que describí, la tesis de Hart de una regla social de reconocimiento. Si es posible que los jueces tengan el deber de decidir un caso de una manera determinada, pese al hecho de que ninguna norma social les impone tal deber, entonces la afirmación de Hart de que la práctica social da cuenta de todo lo que sea deber judicial se pierde. Me gustaría, sin embargo, señalar la debilidad que sigue habiendo incluso en esta forma revisada de la teoría de la norma social. No es conforme con nuestra práctica moral decir siquiera que una norma social estipula el nivel mínimo de derechos y deberes. Generalmente se reconoce, incluso como rasgo de la moralidad convencional, que las prácticas que no tienen sentido o que son en principio incongruentes con otras exigencias de la moralidad no imponen deberes, aunque, por cierto, cuando existe una norma social solo una reducida minoría pensará que esta estipulación se aplica realmente. Por ejemplo, cuando existía la norma social de que los hombres tuvieran ciertas cortesías formales con las mujeres, la mayoría de la gente decía que las mujeres tenían derecho a ellas; pero alguien, del sexo que fuere, que hubiera considerado insultantes tales cortesías no habría estado de acuerdo."* DWORKIN, Ronald, *"Los derechos en serio"*, *Op. cit.*, p. 116.

jurídicos no estarían, tal vez, divididos respecto del deber de reconocer o no como derecho la revocación futura de una ley asegurada, la cual limita a los parlamentarios futuros, como, por ejemplo, el caso de las mayorías para expedir leyes.

2.3. Los casos difíciles

Dworkin dirige su crítica al positivismo jurídico a la vez que afianza su óptica del derecho a través de su presentación de los casos difíciles. La apertura de su postura, respecto de esta categoría, se da por medio de la distinción entre casos fáciles y difíciles, donde los casos fáciles son aquellos que implican una decisión judicial, mediante un procedimiento de subsunción apodíctica, que resulta en todo o nada.

El contexto de los casos difíciles reúne respuestas distintas en una construcción dificultosa y compleja, puesto que implica problemas jurídicos que no tienen una norma específica o un criterio jurídico claro para resolver las problemáticas relacionadas con: el choque de valores y principios vigentes, la noción filosófica de justicia, la interferencia en el campo judicial y la fabricación de la opinión pública por parte de grupos de poder, la inferencia de los medios de comunicación, la aceptabilidad y acuerdo social, las lagunas normativas, la falta de acuerdo entre juristas razonables, las acciones constitucionales, la inaplicación por inconstitucionalidad, la textura abierta y la vaguedad de las normas.

Desde la perspectiva de Hart, la respuesta correcta posee mayor probabilidad de existencia en los casos fáciles, mientras que en los casos difíciles los jueces disfrutan de un marco amplio de discrecionalidad, dado que en este contexto las normas son insuficientes. En el contexto del mundo anglosajón, los tribunales que solucionan un asunto judicial posterior pueden obtener una solución contraria a la de un precedente limitado por una regla extraída de éste, esto es, una variación de

caso a caso³⁰². Esta decisión se trata de una elaboración de una regla nueva en forma discrecional³⁰³.

2.4. Reglas y principios

En el terreno de los casos difíciles son comunes los factores problemáticos nombrados en el acápite anterior. A pesar de esto, no pueden ser un argumento de justificación para operar con libre discrecionalidad, puesto que la actividad judicial en este particular está regida por principios que se enfilan a la edificación de la respuesta correcta a través de la interpretación y no aplicando exclusivamente las tradicionales reglas legales o jurisprudenciales. Esto último acompaña la crítica de Dworkin a la discrecionalidad, ya que simultáneamente se cuestiona la inexistencia de principios en la teoría del derecho Hartiana, a la vez que señala el método singular de subsunción de reglas.

Diferenciar entre las reglas y los principios resulta pertinente, dado que uno y otro grupo de elementos estándares se encausan hacia decisiones específicas, con relación directa con relación a la obligación jurídica de particulares escenarios. No obstante, estos elementos difieren en el carácter de la orientación que proporcionan al marco de decisión judicial.

La caracterización de las reglas se observa en su forma de aplicación disyuntiva, donde el resultado a priori tiene una estructura de es o no es³⁰⁴. Los presupuestos facticos están en la normativa, lo cual da lugar a que, o bien la norma sea válida, es decir, la respuesta es aceptada; o la norma es inválida, de manera que no aporta nada a la decisión³⁰⁵. En este sentido, consiste en aplicar la tesis fijada en la

³⁰² HART, Herbert, "El concepto del derecho", Óp. cit., pp. 163-169.

³⁰³ *Ibidem*, p. 164.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 75.

³⁰⁵ "La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que, si el batter o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es

normativa a los presupuestos fácticos. Por otro lado, si existiera excepciones, se deben añadir todas las posibilidades, lo que conduce a que cada vez el enunciado de la regla logre mayor precisión en su adecuación³⁰⁶.

Los principios exhiben una razón que sitúa y orienta, lo cual no se traduce en una consecuencia a priori en la decisión judicial, como, por ejemplo, el principio de que nadie se puede beneficiar de su propio dolo o injusticias. También, se diferencian estas dos normas, en el método que se usa para resolver los problemas jurídicos y la posesión de una distinción entre argumentos, los cuales ejemplifican.³⁰⁷ Otro aspecto relacionado con los principios está en el peso o importancia. En este sentido, una norma puede ser más importante dentro del sistema por su funcionalidad y condición jurídica, cuando se direcciona el comportamiento o una reivindicación.

En una concepción amplia, cuando se echa mano de los argumentos de principio, tenemos la posibilidad de que el peso y su imperio sean discutidos. A pesar de esto, los principios como orientadores para solucionar casos difíciles, cuentan con herramientas que facilitan el cumplimiento del deber democrático del juez, es decir, el encuentro de prácticas y de otros principios, los cuales involucran referentes de historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos que encierran, a su vez, una obligación moral o institucional de uso dentro la construcción de la decisión judicial³⁰⁸.

coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto, que una regla puede tener excepciones (el batter que ha fallado tres lanzamientos no está out si el catcher ha dejado caer el tercera). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.” DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 75.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 75.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 76-80.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 88.

Finalmente, para Dworkin es desafortunado que, la discrecionalidad en un contexto de reglas y principios, en el sentido de un sistema legal avanzado, abrace la posibilidad de arbitrariedad retroactiva y la subrogación del poder legislativo por parte del juez, puesto que se avala crear reglas posteriores a las situaciones pretéritas³⁰⁹. En este contexto se pone a los derechos en un escenario peligroso, donde se dificulta la garantía de estos³¹⁰ por la pérdida de seguridad jurídica. Es por ello, que los casos difíciles se deben fundamentar en principios, donde el juez *Hércules* construya una decisión judicial racional, bajo una justificación coherente con los precedentes de la novela judicial, pero instituida a través de los principios.

2.5. Derecho como integridad

Para Dworkin la interpretación es deferente con el estilo literario y con la perspectiva del derecho como integridad, pues busca decisiones judiciales con coherencia y apoyadas en principios, lo cual conlleva a encontrar una interpretación correcta, en contraposición a las visiones convencionalistas y pragmáticas. De un lado, se busca aplicar sólo convenciones de la comunidad, las cuales dicen lo que es el derecho y, por otro lado, el derecho se expresa como las consecuencias idóneas que permitan alcanzar objetivos.

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald, "Filosofía del derecho", Óp. cit., p. 18.

³¹⁰ "Una condena dictada en virtud de una ley penal vaga vulnera los ideales morales y políticos [que inspiraron la cláusula] del proceso debido, de dos maneras. Primero coloca a un ciudadano en la injusta situación de actuar por su cuenta y riesgo, o bien de aceptar una restricción de su vida más tajante de lo que podría haber autorizado la legislación; y tal como ya he sostenido, como modelo de comportamiento social no es aceptable que en tales casos el ciudadano debe suponer lo peor. Segundo, da al fiscal ya los tribunales el poder de legislar en lo penal, al optar por una u otra de las interpretaciones posibles, después del hecho. Ello constituiría, por parte del legislador, una delegación de autoridad que no es congruente con nuestro esquema de división de poderes. Ser condenado en virtud de una ley penal cuyos términos no sean vagos, pero cuya validez constitucional sea dudosa, vulnera la cláusula del proceso debido en la primera de estos sentidos: obliga a un ciudadano a suponer lo peor, o a actuar por su cuenta y riesgo. Y la vulnera también en un sentido semejante al segundo. La mayoría de los ciudadanos se dejarían disuadir por una ley dudosa, si por violarla corriese el riesgo de ir a la cárcel. En ese caso sería el Congreso y no los tribunales la voz efectivamente decisiva en cuanto a la constitucionalidad de las promulgaciones penales, y eso sería también una violación de la división de poderes. Si los actos de disensión se mantienen después de que la Suprema Corte ha dictaminado que las leyes son válidas o que lo es la doctrina política cuestionada, entonces ya no corresponde absolver por las razones que he presentado. Finalmente, y por las razones ya dadas, la decisión de la Corte no habrá establecido el derecho, pero la Corte habrá hecho todo lo posible por hacerlo. Sin embargo, los tribunales pueden seguir ejercitando su discreción para dictar sentencia e imponer penas mínimas o en suspenso, como signo de respeto hacia la posición del que discrepa.". DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 325.

Para Dworkin no se tratará de simplemente usar decisiones judiciales del pasado. Al proponer una teoría sobre lo qué es la interpretación, busca clarificar la forma en que deciden los jueces. Con el establecimiento de la técnica de interpretación literaria en el derecho, se busca hallar cuál respuesta puede prevalecer sobre las demás como correcta. La posición de un derecho como integridad tiene como norte la fundamentación de las decisiones de forma coherente. La coherencia de estas decisiones deben estar en consonancia con los principios que la comunidad política se ha instituido en el juego democrático, bajo los mejores estándares morales y políticos.

En *El imperio de la Ley* se enseñó una forma metódica de su óptica del derecho. Allí se puede hallar una justificación interpretativa y el desarrollo del postulado de *integridad*, el cual apremia que los jueces entiendan el derecho como un sistema de fidelidad a las decisiones precedentes. Lo anterior, bajo una estructura coherente³¹¹ de principios de equidad, justicia y debido proceso³¹², que deben aplicarse a todos los casos similares. En pocas palabras se debe dar un trato igualitario a todos los contextos judiciales, que están ligados por la cadena narrativa de la novela judicial.

Este derecho como integridad³¹³ es a la vez producto e inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal, donde los casos difíciles se deciden

³¹¹ Inicialmente se refiere a decidir igual los casos parecidos, pero sin desligarse de los principios de justicia y equidad en una proporción correcta, es decir, que la coherencia es más que repetir decisiones judiciales al pie de la letra, como es el caso del pragmatismo jurídico de corte utilitarista.

³¹² *La integridad de la concepción de debido proceso insiste en que los procedimientos utilizados en los juicios que logran el equilibrio adecuado entre exactitud y eficiencia al hacer cumplir una parte de la ley sean reconocidos en todos, tomando en cuenta las diferencias de tipo y grado de daño moral que impone un veredicto inadecuado. Estos distintos reclamos justifican un compromiso con la coherencia en principio valorada por sí misma. Sugieren lo que argumentaré a continuación: que la integridad es la vida del derecho tal como lo conocemos y no una superstición de elegancia.* DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, 2 ed. España: Editorial Gedisa, 2012, p. 125

³¹³ La integridad tiene un componente de virtud política como fraternidad, que se deriva de la revolución francesa (Dworkin prefiere usar una denominación moderna como es la “comunidad”). Éste componente les da a las instituciones autoridad moral para asumir y desplegar un monopolio de fuerza coercitiva, como la posibilidad de ejercer la protección contra la parcialidad, el engaño o cualquier otra forma de corrupción oficial. Asimismo, la visión de integridad que asume la comunidad se basa en la asociación de principio, que implica como ideal político una explicación o interpretación de la mejor forma de la práctica y estructura constitucionales

tomando el mismo material que se ha interpretado bien en el pasado (se trata de una continuidad); de ahí que la historia constitucional sea un elemento importante en la visión de integridad, porque justifica la categoría y el contenido de las decisiones anteriores³¹⁴, sobre la base de principios jurídicos.

También, la integridad exige juzgar identificando todos los casos judiciales en observancia de patrones comunes, con relación a derechos y deberes, que de forma antepuesta son afines con principios coherentes entre sí dentro de un todo, cuya legitimidad derivada de la fraternidad y aceptación, justificando el ejercicio del poder judicial frente a los miembros de la comunidad política³¹⁵.

La integridad fortalece la eficiencia del derecho por las reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores. Asimismo, las decisiones expresan escenarios para la solución de los casos difíciles de forma constructiva, dentro de la práctica del derecho, como la mejor forma de interpretar el mismo, porque se acoge a una unívoca y coherente perspectiva de justicia, equidad y debido proceso en forma correcta.

2.6. Hércules y el fin del derecho

El Juez Hércules persigue la coherencia y la fidelidad, así como la implicación material de cara a tres principios: i) la *Justicia*, se refiere a la correcta distribución

(concordancia), las cuales se legitiman, precisamente, porque la comunidad en clave de fraternidad se compromete y obliga con esta visión de integridad, en una actitud protestante, es decir, que el miembro de la comunidad tiene un panorama interpretativo e introspectivo que le hace responsable de pensar los compromisos públicos de su sociedad y la suposición reguladora, en el sentido de reconocer como la creatividad y constructividad de las decisiones judiciales el pasado y el futuro en su mejor versión. Dworkin defiende una cultura política (lo que cree justo y equitativo la comunidad). Sin embargo, Dworkin considera que la visión de integridad como interpretación basada en moral política abstracta e intemporal (institucional) es más fuerte y podría reforzar la visión de cultura política. *Ibidem*, pp.140, 156-157, 290.

³¹⁴ *Ibidem*, p.165.

³¹⁵ Ver: *Ibidem*, pp. 283-284.

de bienes, oportunidades y otros recursos; ii) la *Equidad*, se refiere a la estructura correcta para dicho sistema, la estructura que distribuye la influencia sobre las decisiones políticas en la forma adecuada y iii) el *Debido Proceso*, se refiere a los procedimientos correctos para hacer cumplir las disposiciones y reglamentaciones producidas por el sistema, la supremacía legislativa que obliga a atender el precedente estrictamente, las prácticas de la historia legislativa que alientan a los ciudadanos a apoyarse en pronunciamientos e hipótesis doctrinales, es decir, una igualdad material.

El objeto de estudio de Dworkin lo podemos apuntar al arbitrio judicial, donde el objeto del derecho en su ejercicio es hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la justificación de una perspectiva en el marco de una valoración. Allí se acude a la tradición constitucional y sentido de los principios morales-políticos e instituciones del derecho, donde no hay lugar para la discrecionalidad, y sí el escenario idóneo para la presencia de la seguridad jurídica.

El campo de reflexión de Dworkin ha sido los casos difíciles estudiados por el alto tribunal norteamericano. En ese escenario ha resaltado problemas, relacionados con: un sistema legal sólo de reglas, la separación entre el derecho y la moral, y la creación de derecho mediante decisiones discrecionales. Con su teoría del derecho ha querido superar las deficiencias de las diferentes teorías del derecho, en particular el positivismo jurídico y la visión utilitarista en el derecho, o lo que él llama pragmatismo jurídico.

Dworkin considera que las decisiones judiciales penetran las dinámicas sociales de las personas, puesto que éstas originan verdaderos cambios y revoluciones en las perspectivas de la sociedad. Para soportar lo anterior, él recuerda los ejes temáticos de algunas decisiones judiciales como, si los estados deben o no y en qué forma ejecutar a los asesinos, o si se debe prohibir el aborto, o si se debe exigir que se rece en las escuelas públicas, o si el congreso debe reclutar soldados para luchar

en una guerra o si se debe obligar al presidente a hacer públicos los secretos asociados a la función que se cumple.

Él asegura que en este contexto el predominio del poder judicial es manifiesto, además de la permanente injerencia en la vida de las personas, puesto que la ley es transformada en lo que el juez sostiene lo que es vinculante a nivel normativo. Para Dworkin los operadores jurídicos deben no sólo acudir a las decisiones en el pasado, sino que también deben emplear la interpretación con el fin de atender los menesteres de una comunidad política con coherencia y en acatamiento de los principios instituidos.

Las sentencias judiciales apoyadas en criterios extralegales, es una tesis descartada por Dworkin, puesto que la justificación y construcción argumentativa de las decisiones judiciales en los casos difíciles, se hace hallando los principios existentes dentro del mismo sistema de derecho, los cuales arrojan elementos para la construcción del razonamiento de la decisión judicial sin crear derecho.

2.7. Interpretación, decisión judicial, principios de justicia e integridad

2.7.1. Interpretación y decisión judicial

El derecho como interpretación y fenómeno social servirá de insumo para encontrar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas que explican y soportan una posición. A su vez se describe el derecho o deber dentro de una institución, lo cual resulta (en conjunto) en una teoría del derecho, que en sentido amplio es una interpretación de una práctica social.

La interpretación permitirá estudiar el sentido de las prácticas sociales y jurídicas de forma objetiva, es decir, hacer que la interpretación se asemeje de la mejor forma a

aquello que se interpreta, al construir el propósito original histórico con el descubrimiento del sentido del motivo, sin asentar los valores propios del intérprete³¹⁶.

Desenvolverse en el terreno de la interpretación implica entendimiento, aplicación, extensión, modificación o limitación en el marco de un propósito; de lo contrario sería una mecánica interpretación, la cual es indiferente de una visión de integridad. Aquí, es importante que los jueces no se rindan a sus convicciones y que disientan, en el sentido de construir la mejor interpretación posible dentro de la decisión judicial para esa comunidad política, porque con ello se confirma y a la vez reafirma los principios coherentes con el pasado sin necesidad de recurrir al legislativo.

La problemática en el desarrollo de la actividad judicial se observa en la comprensión de las proposiciones jurídicas³¹⁷, respecto del sentido, ya que las proposiciones jurídicas traen consigo dentro del ejercicio de los diferentes operadores del derecho una descripción o declaración de ciertas relaciones, en especial de derechos y deberes³¹⁸, lo cual implica debatir su verdad o falsedad.

Dworkin entenderá para el escenario de los iusrealistas, que el significado de tales proposiciones estriba en su contexto y el análisis de las consecuencias que se haga. Lo anterior, en el entendido del pronóstico de la decisión y las consecuencias de esta³¹⁹. Para el contexto del iuspositivismo opinará que las proposiciones jurídicas

³¹⁶ *Ibíd*em, pp. 50-55.

³¹⁷ "Decimos que "según el Derecho" un médico es responsable de los daños que haya causado por negligencia, o que "el Derecho dispone" que el propietario tiene la facultad de ceder sus bienes a quien le plazca, o que existe un "principio del Derecho" según el cual nadie está autorizado a aprovecharse de su delito. Llamaré "proposiciones de Derecho" o jurídicas, a esta clase de proposiciones, para distinguirlas de las referentes al Derecho en cuanto institución social y de las que versan sobre leyes o normas legales." DWORKIN, Ronald, "Filosofía del derecho", *Óp. cit.*, p. 9.

³¹⁸ *Ibíd*em, p. 14.

³¹⁹ "Si un jurista o autor de un libro de texto expresa una proposición jurídica, lo único que hace es sencillamente predecir lo que los funcionarios judiciales, y especialmente los tribunales de justicia, harán en determinados casos concretos. Si dice, por ejemplo, que la ley ofrece un remedio contra la contaminación, "estará pronosticando que los tribunales condenarán al causante de esa contaminación a indemnizar por daños y perjuicios, o que despacharán contra él un mandato judicial, si una persona perjudicada así lo solicita. Si su pronóstico resulta cierto, lo que ese autor dijo era verdadero; si no, es que era falso. Naturalmente, si un juez o

son verdaderas, cuando describen correctamente el contenido de leyes o normas jurídicas, de lo contrario serán falsas³²⁰.

El anterior problema, lo fórmula en el campo de la filosofía analítica del derecho, y lo posicionó en la difícil diferenciación entre descripción y prescripción de las proposiciones jurídicas. Presentó una explicación a través de los casos fáciles y difíciles, donde, de un lado, mediante la representación de un positivista las proposiciones jurídicas son descriptivas y verdaderas, sólo cuando un hecho del órgano legislativo lo ha determinado así³²¹.

En el terreno de los casos difíciles, donde hay discusiones razonables sobre la verdad de las proposiciones, hay quienes presentan evaluaciones, como cuando se pretende plantear el origen de una ley a partir de una evaluación de la verdad moral objetiva o una evaluación de la decisión histórica. Allí, hay puntos de vista personales que distan de una completa historia jurídica, ya que una completa historia jurídica se alcanza, sólo cuando se combina el aspecto descriptivo y prescriptivo en el sentido de evaluación que implica descubrir el sentido del sistema legal, como un todo, para efectos de presentar la mejor decisión judicial posible.

El valor de verdad de la proposición jurídica se halla cuando se combina los elementos de descripción y evaluación como una actividad general que permite un modo de adquirir conocimiento³²². Esto es, mediante el examen de los contextos interpretativos en la práctica jurídica de forma general (no sui generis), como el

cualquier otro funcionario judicial alega una proposición jurídica en justificación de su decisión, no se podrá entender que la haya pronosticado, sino más bien que ha expresado su aprobación sobre el estado de cosas en que los funcionarios deciden del mismo modo que él. En ese contexto, una proposición jurídica no es verdadera ni falsa, por cuanto sólo constituye la expresión de una opinión política o moral.” DWORKIN, Ronald, “Filosofía del derecho”, *Óp. cit.*, p. 15.

³²⁰ “Esta teoría presupone, desde luego, otra teoría sobre la esencia y la vigencia de las leyes. Austin, Hart y Kelsen ofrecieron teorías diferentes acerca de las leyes, pero sus polémicas, insertas en controversias más genéricas sobre la naturaleza del Derecho como institución social, son independientes de la teoría, que los tres comparten, de que las proposiciones jurídicas son proposiciones sobre leyes.”. *Ibidem*, p.16.

³²¹ DWORKIN, Ronald, “Law as Interpretation”, *Revista Critical Inquiry, The Politics of Interpretation*, 1982, Vol. 9, No. 1, pp. 179-180.

³²² *Ibidem*, pp. 181-182.

caso de la interpretación literaria. Con el enfoque en la interpretación literaria de forma integral, se cambia el horizonte de la problemática epistemológica sobre la teorización del derecho.

En este sentido, se supera la óptica ontológica idealista y fenomenológica al constituirse en una bisagra entre estas dos visiones, por medio de la práctica interpretativa integral que revela lo que es el derecho. Esto a su vez conlleva la construcción de la tesis que se intenta postular como correcta.

Este modelo de decisión judicial reside en la visión de los derechos como la práctica de la comunidad política, junto con una técnica de interpretación literaria, la cual parte de una hipótesis estética que no dista de lo que se podría hacer en el campo jurídico, en términos de interpretación, puesto que la diferencia está en el nivel de abstracción. Por otro lado, esta forma de interpretar no diferencia entre descubrimiento y crítica, en términos de eficacia o importancia; la explicación y crítica permiten un valor o significado (intención del autor) mejor posible, sin producir un texto nuevo, respecto de lo que se interpretar³²³.

Respecto de la intención, Dworkin está en desacuerdo con las visiones originalistas, históricas y semánticas. Él hace una diferenciación entre concepto y concepción como elementos de la intención abstracta, donde, el primero, implica un sentido abstracto y, el segundo, un uso concreto del sentido³²⁴. Su inclinación por la visión abstracta está mediada por el rechazo de la visión específica, ya que consideró que no existía evidencia empírica de que los constituyentes o en el caso del mismo legislador tuvieran una intención específica.

El ejemplo para entender este planteamiento está en los casos de segregación, soportados en la decimocuarta igualdad de trato, dado que no se pensó en prohibir

³²³ DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Óp. cit., p. 199.

³²⁴ *Ibidem*, p. 61.

las escuelas segregadas como concepción, sino que se estableció un sentido abstracto de trato igual³²⁵. Adicionalmente, el sentido abstracto no depende de una condición histórica de los constituyentes, sino de una teoría política afilada a una moral política, que se justifica por su coherencia con la democracia³²⁶.

La decisión judicial en la práctica involucra por parte del juez una actitud interpretativa de valor como sentido, es decir, que el objeto de la interpretación sirva a algún propósito, o interés, o el cumplimiento de algún principio, desde la óptica del por qué existe y qué requiere, en cuanto aplicación y limitación, es decir, su historia y sus convenciones de ese objeto de interpretación³²⁷. Por ejemplo, el derecho, en términos generales, tiene como objeto coordinar los esfuerzos sociales e individuales, o resolver disputas sociales e individuales, o la garantía de que se haga justicia entre ciudadanos o entre ciudadanos y gobierno, o la suma de todos, pero buscando el mejor principio que puede responder al contexto³²⁸.

El propósito de esta técnica interpretativa de corte constructivista, en el sentido de hacer parecer la interpretación de la mejor manera a aquello que se interpreta, involucra descubrir la intención histórica real del autor (estado consciente) a través de la creatividad, sin imponer el componente axiológico propio³²⁹ y recuperando a modo de un informe, el propósito, el cual propone una manera de ver aquello que se está interpretando en una práctica social, así el propósito en la práctica social, no le pertenezca a nadie en particular³³⁰.

Para el desarrollo en la práctica u operativo de esta concepción de interpretación, deberá atravesar unas etapas: 1) *preinterpretativa*, en el cual se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisional de la práctica, pero bajo

³²⁵ Ibidem, pp. 67-68

³²⁶ Ibidem, pp. 74-75,78.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., pp. 44-45.

³²⁸ Ibidem, p. 208.

³²⁹ Ibidem, p. 50.

³³⁰ Ibidem, p. 53.

el consenso de la comunidad interpretativa, aquí se distingue el texto, y se denomina “preinterpretativa”, porque en ese punto surge la necesidad de una forma de interpretación; 2) *interpretativa*, allí quien interpreta debate por qué vale la pena buscar una práctica, para luego establecer una justificación general de los elementos de la práctica identificada en la etapa anterior, sin inventar una nueva práctica, sino interpretando en los límites de lo que su comunidad comparte; 3) *posinterpretativa*, de orden reformador, que busca ajustar de mejor forma el sentido de la práctica para adecuarla a la justificación, sobre que necesita en realidad la mejor justificación (que acepta en la etapa interpretativa).³³¹

Una interpretación plausible tiene dos dimensiones. De un lado, la dimensión práctica de adecuación, la cual se pregunta por la integración de la nueva decisión a la novela en cadena de decisiones anteriores. Por otro lado, está la dimensión sustancial, que busca que la decisión tenga sentido en cuanto valor, es decir, que tenga un propósito sólido que la haga la mejor decisión como, por ejemplo, que se haga justicia³³². Esta justificación como dimensión sustancial es la coherencia de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación, es decir, usando los principios, como, por ejemplo, con la equidad, justicia y debido proceso.

La categoría de novela en cadena (continuidad) implica la mejor justificación, cuya identificación de la normativa vigente es un ejercicio de interpretación, creación y construcción coherente de la jurisprudencia. Es presentada como una estructura y método, la cual tiene semejanza con la continuación de la redacción de una novela que ha sido escrita por otros autores de forma colectiva. La estructura de esta metáfora se refleja en la cadena de relatos coherentes (precedentes), junto con una brecha inequívoca de integridad. Con relación al método tenemos que es una construcción creativa, donde la congruencia de cara a los precedentes jerárquicos y horizontales es vital en la cimentación de historias con sentido en cuanto valor.

³³¹ *Ibidem*, pp. 57-58.

³³² Ver: DWORKIN, Ronald, “*Una cuestión de principios*”, *Óp. cit.*, pp. 206, 208.

La suma de esas decisiones judiciales se construye con un canon de libertad, pero con la obligación de prestar atención a los relatos anteriores³³³, bajo un raciocinio de narración judicial en cadena. Lo anterior, es la evidencia de la construcción de una práctica social, donde los principios que justifican la decisión en concordancia con la integridad constituyen una historia constitucional de relación de precedentes de forma congruente y consistente que cohesionan los precedentes como un cuerpo unitario.

Este método para Dworkin implica la atención de casos difíciles en el contexto del *Common Law*, el cual es similar al ejercicio literario. Los jueces deben estudiar todas las decisiones del pasado para no solo descubrir de sus predecesores lo expresado y su estado en el sentido de continuidad, sino que, también, para formarse una opinión sobre esa construcción colectiva de la cual va a participar. Esta construcción contiene filosofías judiciales, políticas, estructuras, ortodoxias, convenciones judiciales, prácticas, entre otros aspectos, que le indican un trabajo de prolongación de una historia, como algo valioso en cuanto propósito que tiene identidad, coherencia e integridad (la mejor decisión).³³⁴

2.7.2. Integridad, interpretación y principios de justicia

La visión de interpretación es acompañada por un criterio que concibe el derecho como integridad³³⁵, como una virtud política o moral política, mediante tres cánones. **En primer lugar**, aceptación de la ley y los derechos, como una visión institucional.

³³³ Con relación a este aparte es relevante referencia la siguiente cita: "...porque ningún juicio puede sufrir restricciones excepto por hechos externos y duros sobre los que todos están de acuerdo." DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 171.

³³⁴ Ibídem, pp. 207-208.

³³⁵ De acuerdo con Dworkin existe una integridad inclusiva y pura respecto del derecho, por tanto, en relación pertinente se referencia el siguiente aparte: "...El derecho que tenemos, el derecho actual y concreto, está fijado por la integridad inclusiva. Este es el derecho para el juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir. Sin embargo, el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambiciones; este derecho más puro está definido por la integridad pura. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor

En segundo lugar, las restricciones del derecho deben beneficiar a la sociedad, no sólo proporcionando una predictibilidad formal de las decisiones³³⁶, sino que una equidad procesal, que asegure un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hace más genuina su comunidad y mejora su justificación moral para ejercitar su poder político³³⁷.

Esta igualdad en la interpretación como garantía, significa que el juez *Hércules*³³⁸, construye una justificación partiendo de juicios morales políticos (institucionales), es decir, un despliegue coherente atendiendo los juicios del precedente vertical jerárquico, junto con la congruencia con las decisiones del mismo nivel³³⁹. Esta igualdad goza de un espíritu de fraternidad en el campo institucional, dado que, ese es el norte que las instituciones deben perseguir³⁴⁰, como una forma de soportar su legitimidad. Esta legitimidad existe porque se da un trato de parte de los operadores

justificación del actual derecho visto desde ninguna perspectiva institucional en particular, abstrayendo así todas las restricciones de equidad y proceso que requiere la integridad inclusiva. Esta interpretación purificada se dirige directamente a la comunidad personificada y no a los diferentes deberes de los jueces, legisladores o cualquier otro cuerpo o institución política. Esta declara cómo deben reformarse las prácticas de la comunidad para servir en forma más coherente y comprensiva a la visión de justicia social que ha adoptado en parte, pero no declara qué funcionario posee este u otro puesto dentro del gran proyecto". DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 285.

³³⁶ Es importante señalar que Dworkin rechaza cualquier forma de solución diversificada o salomónica, es decir, cualquier interpretación que sea incoherente con los principios y viole la igualdad formal y material.

³³⁷ *Ibíd.*, pp. 102-103.

³³⁸ "El espíritu de integridad, que situamos en la fraternidad, se vería ultrajado si Hércules tomara su decisión de otra manera que no fuera eligiendo la interpretación que considera mejor desde el punto de vista de la moralidad política. Aceptamos la integridad como un ideal político porque queremos tratar a nuestra comunidad política como una comunidad de principio, y los ciudadanos de una comunidad de principio no sólo apuntan a principios simples, como si la uniformidad fuese lo único que quisieran, sino a los mejores principios comunes que la política pueda encontrar. La integridad es diferente de la justicia y la equidad, pero está unida a ellas de esa manera: la integridad sólo tiene sentido entre personas que quieren equidad y justicia. De modo que la elección final de Hércules de la interpretación que considera más acertada (más equitativa y justa en la relación correcta) proviene de su compromiso inicial con la integridad. Realiza esa elección en el momento y en la forma que la integridad lo permite y requiere, y por lo tanto es erróneo decir que ha abandonado el ideal justo en ese punto." *Ibíd.*, p. 189.

³³⁹ DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., pp.191-193.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 157.

legales³⁴¹ a los ciudadanos de la comunidad política, en el marco de la igual consideración y respeto³⁴².

Dworkin al describir la igualdad en términos de Rawls. Toma como referencia la igualdad de segundo tipo –tal como se aplica al respeto que se debe a las personas, independientemente de su posición social³⁴³–, en este sentido, los ciudadanos de la comunidad política tienen derecho a que les traten con igual consideración y respeto. Por ejemplo, igualdad de oportunidades en el acceso de un trabajo por méritos³⁴⁴.

Para Rawls en el contexto de los principios justicia y los bienes básicos es importante la igualdad de oportunidades. El acceso igual al poder y toma de decisiones colectivas y la igualdad económica básica es cimiento del autorrespeto³⁴⁵, de manera que los bienes primarios resultan ser un indicador de

³⁴¹ Estos operados jurídicos como representantes del estado, son un ente moral diferente e independiente de la comunidad política que, en medio de las tensiones al momento de decidir un caso, buscan la mejor interpretación posible del derecho. Desde la perspectiva de la integridad (ideal o virtud política), el juez toma el principio adjudicativo en consideración con la asociación de principio de la comunidad, que de forma unívoca y coherente se entrega a la triada de justicia, equidad y debido proceso.

³⁴² DWORKIN, Ronald, “Una cuestión de principios”, *Op. cit.*, p. 189; Ver DWORKIN, Ronald. “La posible democracia, principios para un nuevo debate político”, 1 ed. Barcelona: Ediciones Paidós Iberoamérica S. A, 2007, p. 182.

³⁴³ RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, 1 ed electr. México: Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 470-471.

³⁴⁴ Ver: DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, *Op. cit.*, pp. 272-273.

³⁴⁵ La propuesta de autorrespeto como bien básico primario en Rawls se trata de la valoración de las metas alcanzadas por un miembro, con relación a su visión teleológica autodefinida con una relación de coherencia, es decir, por alcanzar sus propósitos, de acuerdo con sus habilidades y méritos. Esta categoría tiene dos partes: a) la idea de bondad como racionalidad, en el sentido de que el sentimiento en una persona de su propio valor sea su firme convicción de su concepción de su propio bien, su proyecto de vida, y que valga la pena ser llevado a cabo y le causa placer hacerlo; b) el respeto propio, como una confianza en la propia capacidad, en la medida en que ello depende del propio poder, de realizar sus propias intenciones. Ver RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, *Op. cit.*, pp. 319, 339, 407, 408.

cotejo interpersonal para en la práctica se aplique el principio de la diferencia³⁴⁶, el cual beneficia a los miembros menos favorecidos con bienes primarios³⁴⁷.

En este punto, resulta relevante traer a colación crítica que refiere que el principio de diferencia no es suficiente para neutralizar los efectos de las contingencias derivadas del azar social y biológico, puesto que Rawls se enfoca en los bienes sociales para determinar la posición de los menos aventajados, dejando de un lado los bienes naturales. Lo anterior, trae como consecuencia que lo propuesto por Rawls en términos de Dworkin prescinda de sensibilidad a las dotaciones y a las ambiciones³⁴⁸.

En cuanto la igualdad de respeto, Dworkin entiende que Rawls la toma como un canon de la *posición original* y no como un producto del contrato social, dado que el hombre como ser moral y autónomo está en la capacidad de hacer planes y de administrar justicia, así como de ostentar la igualdad de consideración y de respeto por el hecho de ser humano³⁴⁹.

En tercer lugar, la integridad debe tener un canon de coherencia con las decisiones anteriores que requiere el derecho. Esto quiere decir que los derechos y

³⁴⁶ "Pero la valía, o utilidad, de la libertad no es la misma para todos. Como lo permite el principio de la diferencia, algunos ciudadanos tienen, por ejemplo, mayores ingresos y riqueza y por tanto más medios para alcanzar sus fines. Sin embargo, cuando se satisface este principio, esta menor valía de la libertad se compensa en este sentido: los medios generales de que disponen para alcanzar sus fines los miembros menos aventajados de la sociedad serían aún menores si las desigualdades sociales y económicas, medidas por el índice de bienes primarios, fuesen diferentes de lo que son. La estructura básica de la sociedad está ordenada de tal modo que maximiza los bienes primarios disponibles para que los menos aventajados hagan uso de las libertades básicas de que todos gozan. Esto define una de las metas centrales de la justicia política y social.", RAWLS, John, "Sobre las libertades", 1 ed, Barcelona: Ediciones Paidós I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, p. 72.

³⁴⁷ Ver RAWLS, John, "Sobre las libertades", Óp. cit., pp.62-63.

³⁴⁸ "Por otro lado, Sen le critica a Rawls que, por separar tajantemente entre la libertad y los medios de la libertad, no toma en cuenta las consecuencias que los bienes primarios tienen sobre las libertades. Las personas no solo difieren en fines sino también en capacidades, por lo que, atendiendo únicamente a la igualdad de medios (bienes primarios), la teoría de Rawls es incapaz de compensar, por ejemplo, a una persona discapacitada. Por eso, la teoría de Sen propone sustituir los bienes primarios por capacidades, dado que las capacidades sí reflejan lo que los individuos pueden elegir realmente como estilo de vida alternativo.". MARTÍNEZ, Hernán, "Legitimidad, Razón y Derecho: Dos Modelos de Justificación del Poder Político", Óp. cit., p. 252.

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p.274.

responsabilidades provienen de decisiones anteriores con valor legal y coerción (valor histórico), aunque también pueden proceder de principios de moralidad personales fundados y principios de moralidad política en su mejor versión coherente de justificación³⁵⁰.

En su último trabajo *Justicia para erizos*, presenta la tensión entre derecho y moral, como dos sistemas que deben fusionarse para evitar las aporías y debates interminables, donde el mejor criterio posible debe aspirar a lo justo, en el marco de los cánones de la interpretación del sentido de la justicia aprobaría la comunidad política, porque esa es la correcta concepción de derecho.

Partiré de la pregunta por la relación entre el derecho y moral y a su vez fijaré significativas diferencias entre estas dos categorías, donde el derecho pertenece a una construcción humana dentro de una comunidad, con decisiones contingentes y diferentes prácticas, mientras que la moral es conjunto de normas imperativas y universales, que no está subordinada a ninguna decisión o práctica humana (no es contingente como creen convencionalistas, relativistas o escépticos)³⁵¹.

Para ilustrar este planteamiento, pone sobre el tablero un ejemplo, donde el derecho de Rhode Island requería a las personas compensar a quienes ha lesionado por actuar con negligencia (hecho contingente) con lo cual fija que la obligación moral de compensar, lo cual es algo necesario y no contingente³⁵². Esta visión de Dworkin se asemeja a la concepción moral y de derecho Kantiana, donde la primera tiene

³⁵⁰ “Nos resultará útil dividir los reclamos de integridad en dos principios más prácticos. El primero es el principio de integridad en la legislación, que pide de aquellos que crean leyes por legislación que mantengan dicha ley coherente en principio. El segundo es el principio de integridad en la adjudicación: pide a aquellos responsables de decidir qué es la ley que la entiendan y la hagan cumplir como coherente en la adjudicación. El segundo principio explica cómo y por qué se le debe otorgar al pasado un poder propio, especial, en la Corte, contrariamente a lo que sostiene el pragmatismo. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto.” DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 125.

³⁵¹ DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p.382.

³⁵² Ibidem, p. 382.

que ver con el uso autónomo, según las máximas universales, buenas en sí mismas, en tanto que el derecho se relaciona con la posición heterónoma en la consecución de un propósito o resultado final³⁵³.

Para presentar la relación entre derecho y moral, presenta dos modelos, de un lado, el positivismo, el cual es partidario de una escisión del sistema moral y el sistema de derecho. De otro lado, el interpretativismo, cuya virtud está en que el derecho y la moral no son sistemas independientes. Con relación al positivismo tenemos que, en esencia, lo que se concibe como derecho es estriba en lo que la comunidad consciente (cuestiones de hecho históricas), por su costumbre practicada en el derecho, de manera que, si una ley injusta es acogida por la comunidad a través del test para la ley, es decir, expedida por el legislativo y aceptada por el poder judicial, la ley, aunque injusta es ley o derecho.

A diferencia del modelo referenciado anteriormente, el interpretativismo contiene reglas expedidas de acuerdo con las prácticas avaladas por la comunidad, así como los principios jurídicos que le dan el mejor pavimento justificatorio moral a las reglas (el derecho como concepto interpretativo³⁵⁴). Lo anterior, porque es un

³⁵³ Para ilustrar se referencian los siguientes apartes: *“Si afectan sólo a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman jurídicas; pero si exigen también que ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas, y se dice, por tanto: que la coincidencia con las primeras es la legalidad, la coincidencia con las segundas, la moralidad de la acción.”* KANT, Immanuel, *“La Metafísica de las Costumbres”*. 4ed, Madrid: Técnos, 2005, p. 27. *“...la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la legislación universal posible gracias a sus máximas. La acción que puede compadecerse con la autonomía de la voluntad es lícita y la que no concuerde con ella es ilícita. La voluntad cuyas máximas coinciden necesariamente con las Leyes de la autonomía es una voluntad santa y absolutamente buena. La dependencia de una voluntad que no es absolutamente buena respecto del principio de autonomía (el apremio moral) supone la obligación. Esta no puede ser aplicada por lo tanto a un ser santo. La necesidad objetiva de una acción por obligación se llama deber... La ética manda que yo cumpla el compromiso contraído en un contrato, aunque la otra parte no pudiera acto seguido obligarme a ello: pero toma de la doctrina del derecho, como dados, la ley (pacta sunt servanda) y el deber correspondiente a ella. Por tanto, la legislación de que las promesas aceptadas han de cumplirse no reside en la ética, sino en el ius. La ética enseña sólo que, aun cuando se suprimiera el móvil que la legislación jurídica une con aquel deber, es decir, la coacción externa, la sola idea del deber basta como móvil.”* KANT, Immanuel, *“Fundamentación para una metafísica de las costumbres”*. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, 2 ed. Madrid: Alianza editorial, 2012, pp. 25,148.

³⁵⁴ *“En realidad, hay varios conceptos del derecho, y ahora es necesario distinguirlos brevemente. Utilizamos la palabra “derecho” en un sentido sociológico, como cuando decimos que el derecho comenzó en las sociedades primitivas; en un sentido aspiracional, como cuando celebramos el Estado de derecho, y en un sentido doctrinal, al usarla para informar cuál es la ley sobre algún tema, por ejemplo, cuando decimos que según la ley de*

razonamiento jurídico, en donde los principios se deducen de las reglas, incluso cuando esas reglas no se hayan promulgado³⁵⁵.

En este paraje, resulta importante presentar la abjuración a la concepción de derecho, en la que éste y la moral son sistemas diferentes, que interactúan entre sí. La bisagra que los relaciona mora en pensar que, la relación del derecho no sólo es un sistema de reglas, sino que contiene principios de los cuales se desdoblan las reglas, cuya justificación moral de estas es una visión deontológica. El Giro se planteará en que, no hay un punto de vista neutral a partir del cual se puedan decidir las relaciones y conexiones entre estos sistemas presumiblemente espaciados, ya que es circular la cruzada por una visión neutral de la conexión³⁵⁶.

Los positivistas angloestadounidenses plantearon una respuesta epistemológica, con lo cual la correlación del derecho y la moral se descarta como un problema jurídico o moral, y en su lugar se aprecia como una problemática alrededor del concepto de derecho, sin ningún supuesto jurídico o moral previo. No obstante,

Connecticut el fraude es un daño civil. El positivismo y el interpretativismo son teorías sobre el uso correcto del concepto doctrinal. Tradicionalmente, el positivismo ha considerado criterial ese concepto: ha apuntado a identificar los tests de linaje que los abogados o al menos los funcionarios jurídicos comparten para identificar las proposiciones verdaderas del derecho doctrinal. El interpretativismo considera interpretativo el concepto doctrinal: trata las afirmaciones de los abogados sobre lo que la ley sostiene o requiere en algún asunto como conclusiones de un argumento interpretativo, aun cuando la mayor parte del trabajo de interpretación esté casi siempre oculta. DWORKIN, Ronald, "Justicia para erizos", Óp. cit., pp. 383-384.

³⁵⁵ Ibidem, p. 383.

³⁵⁶ "Supongamos que le atribuimos un carácter jurídico. Examinamos el material jurídico — constituciones, leyes, fallos judiciales, prácticas consuetudinarias y todo lo demás— y nos preguntamos: ¿cuál es, según la lectura correcta de todo este material, la relación entre el derecho y la moral? No podemos responder a esta pregunta sin tener a mano una teoría que nos diga cómo leer el material jurídico, y no podemos tenerla a mano antes de decidir qué papel cumple la moral en el establecimiento del contenido del derecho. Cuando nos preguntamos si el material jurídico demuestra o niega una conexión entre el derecho y la moral, ¿suponemos que ese material incluye no solo reglas con un linaje en la práctica convencional sino también los principios necesarios para justificarlas? Si no, es preciso deducir que hemos incorporado el positivismo desde el inicio y no debemos fingirnos sorprendidos cuando este aparece al final. Pero si incluimos los principios justificativos, lo que hemos incorporado es entonces el interpretativismo. Por otro lado, si buscamos nuestra respuesta en la moral, presuponemos en el otro sentido lo que queremos explicar. Podemos decir: ¿sería bueno para la justicia que la moral tuviera en el análisis jurídico el papel que el interpretativismo afirma que tiene? ¿O para el tono moral de una comunidad es mejor, en realidad, que el derecho y la moral se mantengan separados, como insiste el positivismo? Es indudable que estas preguntas son juiciosas; en rigor, son cuestiones de teoría jurídica claves. Pero de acuerdo con la imagen de los dos sistemas, solo pueden producir argumentos circulares. Si el derecho y la moral son dos sistemas separados, hacemos una petición de principio al suponer que la mejor teoría sobre lo que es el primero depende de tales cuestiones morales. Esa suposición da por sentado que ya nos hemos decidido contra el positivismo." Ibidem, pp. 383-384.

Dworkin dirá que la respuesta está en ver el derecho como moral, es decir, como una estructura de árbol, donde el derecho es parte de la moral política, como una subdivisión.

Añade Dworkin que es necesario que la teoría jurídica sustantiva cambie, si se quiere concebir el derecho como una rama de la moral política, se necesita hacer una distinción entre los derechos políticos y los derechos legales, sin embargo, es importante entender su forma de interpretarlos. Para esta tarea plantea un problema a través del caso de la Guerra de Secesión y los derechos y deberes nazi.³⁵⁷

El problema consiste en que, tanto los horrores de los nazis, como una ley prescribía que los esclavos que escaparan a aquellos estados no esclavistas conservarían su estado de esclavos. Estos son presupuestos injustos de una mayoría contra una minoría. Así también, los principios formativos de la equidad, alimentados por autoridad, precedente y confianza política, en el marco de la moral política, son los argumentos morales que soportan las pretensiones de los propietarios de esclavos, sin embargo, existe un argumento moral superior que se funda en los derechos humanos, el cual justifica inaplicar esa norma por injusta, lo cual supone la respuesta correcta³⁵⁸ (un reclamo moral).

Al recordar a Lord Coke, Dworkin conmemora el poder limitado del Parlamento, el cual es estéril frente a los derechos naturales inmenoscabables de los individuos, que además prevalecen frente al colectivo (una forma de moral política). Por otro lado, refiere a Bentham, en su consideración de que los derechos naturales eran un sinsentido con zancos, lo cual fortaleció el argumento de soberanía parlamentaria absoluta.

³⁵⁷ Ibidem, pp. 392-393.

³⁵⁸ Ibidem, pp. 391-393.

En la actualidad, los derechos humanos limitan la pretensión injusta de soberanía, lo cual es una perspectiva de moral política, que en el contexto constitucional de los Estados Unidos ha suscitado debates alrededor de la garantía de derechos morales como, la libertad de expresión y religión, a la exención de castigos crueles e inusuales³⁵⁹, a la igual protección de las leyes y al debido proceso legal, las cuales, en algunos casos, se interpretaron históricamente y no moralmente³⁶⁰, en la línea, también, de separar los sistema de derecho y moral.

Finalmente, se debe aspirar a tener una lectura de la constitución – la mejor – como lo justo, teniendo en cuenta que las circunstancias del pasado, ya han sido rechazadas en muchos casos, de manera que la mejor interpretación será en el sentido de la justicia, lo cual es el compromiso del derecho con la moral, en términos de lo que debe ser el derecho.

³⁵⁹ “Por ejemplo, asumimos que los artífices de la Octava Enmienda entendieron por "cruel" más o menos lo que nosotros entendemos por "cruel", y que ellos siguieron más o menos las mismas prácticas lingüísticas que nosotros seguimos al formar enunciados a partir de palabras. Por eso, asumimos que su intención fue que la Constitución diga que los castigos crueles e inusuales están prohibidos, en lugar de decir, por ejemplo, que lo están los castigos onerosos e inusuales. (Abandonaríamos esa asunción, sin embargo, si, de manera increíble, descubriéramos que "cruel" fue invariablemente empleado como sinónimo de oneroso durante el siglo dieciocho). También asumimos que ellos intentaron decir algo tan abstracto como lo que nosotros intentaríamos decir si dijéramos que "los castigos crueles e inusuales están prohibidos". Supóngase que descubrimos que ellos esperaban que la Octava Enmienda prohibiera los azotes en los pies [bastinado], aunque no los confinamientos en soledad. En ese caso, no pensaríamos que intentaron decir que sólo estaban prohibidos los azotes en los pies, pero no los confinamientos en soledad. No tendríamos justificación alguna para atribuirles ese grado de incompetencia lingüística. En su lugar, clasificaríamos sus opiniones sobre estos castigos como parte de sus intenciones jurídicas más que lingüísticas. Diríamos que ellos imaginaban estar prohibiendo los azotes en los pies, pero no los confinamientos en soledad, o que eso es lo que esperaban estar haciendo.”. Dworkin, Ronald, “El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana”, 1 ed, Lima: Palestra Editores, 2019, p. 348.

³⁶⁰ “Dos casos recientes de la Corte Suprema ilustran ese supuesto. El primero de ellos giraba en torno de la garantía que la Segunda Enmienda otorga a algún derecho constitucional a las armas de fuego. La Corte propuso una extensa discusión del derecho inglés del siglo XVIII y anteriores en respaldo de su fallo en el sentido de que esa enmienda otorga a los ciudadanos derechos contra una prohibición lisa y llana de las armas cortas. Los argumentos disidentes apelaron al mismo período histórico para contradecir esa conclusión. El segundo caso se suscitó en relación con una cláusula constitucional que permite al Congreso suspender el derecho de hábeas corpus solo en circunstancias especiales, pero no especifica quién tiene en otros aspectos derecho a ese auto. Una mayoría de cinco contra cuatro de la Corte sostuvo que los extranjeros detenidos en Guantánamo tenían derecho al hábeas corpus. La opinión disidente, de contundente redacción, destacó que solo las clases de personas que tenían derecho al auto en el siglo XVIII tenían derecho a él hoy. La opinión mayoritaria no objetó esa afirmación, pero falló que la historia no era concluyente y sostuvo que los detenidos extranjeros podían, en consecuencia, iniciar acciones apoyados en el recurso de hábeas corpus.”. Ibidem, p. 396.

3. Resumen y consideraciones

Dworkin erige su propuesta de derecho a partir de las críticas al positivismo. En particular disiente de la consideración de que el derecho es un sistema de reglas y que es un pretexto válido la discrecionalidad del juez, para crear derecho en el contexto de casos difíciles. Su inquietud se basa en la proscripción de los principios y la posibilidad de arbitrariedad, así como la retroactividad de las decisiones judiciales. Igualmente, echa mano de aspectos morales, políticos y literarios para la construcción de su visión de derecho.

El derecho es una práctica interpretativa³⁶¹ de corte constructivista, donde la mejor versión de la decisión judicial se sustenta en una robusta justificación de las prácticas del contexto jurídico, tomando en cuenta la observancia de la ley positiva, el trato igual y la predictibilidad de las decisiones. Esta concepción de derecho es acompañada por la idea de principios que configuran la integridad. Esta idea de principios responde a una metodología de encadenamiento constructiva de la jurisprudencia a través del acopio de precedentes en un coherente relato, que conforma el valor en cuanto propósito.

Para Dworkin las teorías generales del derecho son interpretaciones generales de la práctica judicial, el derecho como integridad³⁶², une la jurisprudencia y la adjudicación, de manera que lo que es el derecho no depende de convenciones especiales o cruzadas independientes, sino que su dependencia está en las

³⁶¹ Interpretación moral, como la responsabilidad del deber de hallar la mejor respuesta. DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., p. 111-112

³⁶² Dworkin habla de tres concepciones de derecho, a saber, convencionalismo, pragmatismo y la integridad. Las dos primeras pugnan con la integridad que es su posición y desprecia estas dos concepciones por lo siguiente: *“Rechazamos el convencionalismo, que halla la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legales especiales, y el pragmatismo, que la encuentra en la historia diferente de los jueces como arquitectos independientes del mejor futuro, libres de la demanda inhibitoria de que deben actuar en forma coherente en principio unos con otros. Destaqué la tercera concepción.”*. DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Óp. cit., p. 288.

interpretaciones minuciosas y concretas, en el marco de la práctica legal que está interpretando.

La fuerza de la integridad en la adjudicación está en la manera en que las opiniones acreditadas sobre equidad, justicia y debido proceso compiten entre sí (juicios de sustancia). Este fenómeno de la interpretación como integridad implica varias dimensiones en la interpretación, donde se pueden fusionar dimensiones en una opinión general, cuyos mejores antecedentes legales de la comunidad estarán afilados en la moralidad política, lo cual es una mejor justificación del desenvolvimiento de la práctica legal.

El derecho para nuestro autor es más que un catálogo de reglas, principios o lo que dicen un grupo de funcionarios públicos y sus poderes en las competencias que interfieren en la vida de las personas. Para el caso de las cortes de apelación, se trata de una actitud interpretativa que inspecciona introspectivamente y construye dando el superlatividad al principio labrando así el mejor futuro y observando el pasado, lo cual nos cohesiona fraternalmente como comunidad, a pesar de los proyectos diferentes e independientes como individuos. A su vez, con esta visión de derecho, se incentiva en cada ciudadano la responsabilidad por pensar sobre los compromisos públicos de su sociedad en términos de principio, lo cual decodifica lo que se quiere tener y ser como comunidad³⁶³.

Esta visión del derecho muestra que su fundamentación se encuentra en el proyecto de moral política, cuya invitación a los operadores jurídicos ideales es la adopción del derecho como una actitud constructiva y creativa, en el sentido reflexivo e interpretativo, donde el descubrimiento de valor en cuanto sentido conduce a la mejor versión de la decisión, dado que, se basa en principios que coordinan y cohesionan los precedentes del pasado con los precedentes del futuro.

³⁶³ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., pp. 287-290

Este derecho, también, implica estar frente un marco de fraternidad, como unidad respecto a lo que razonable y responsablemente los miembros de su comunidad desean tener por sociedad. Esto significa que por asociación de principio se entra al campo común –diferente al institucional, se refiere a la política en sentido amplio–, con ello se legitima la práctica jurídica, debido a que se cuenta con la libre comprensión, el disentimiento de lo que es derecho, la responsabilidad con los compromisos públicos sociales, la predictibilidad del derecho y el respeto como un trato igual.

El autor, en todo caso, busca que las decisiones estén ligadas a una norma, esto para efectos de evitar la concepción realista del derecho y positivista, cuya deficiencia se basa en la acogida de la discrecionalidad en detrimento de la seguridad jurídica y racionalidad. Los principios históricamente reconocidos en el método creativo-constructivista son el canon preinterpretativo³⁶⁴, que se encuentra también en Rawls, donde la obligación hacia sí mismo (deber), es a su vez una consideración recíprocamente vinculante, respecto de quien la exige (reconocimiento mutuo).

En el contexto Dworkiniano los contenidos morales son adsorbidos por el derecho positivo. La moral como pretensión de lo correcto y novicia de lo que formalmente será normativa nueva en términos jurídicos o de derecho en el juego político, acude siempre al contexto histórico acreditado por una moral acopiada por tradición, esto es lo que llama Habermas el giro de Dworkin de lo hermenéutico a lo constructivista, que según Habermas necesita para su comprensión un filtro deontológico para entender las pretensiones de validez.

³⁶⁴ Esta consideración en sí, probablemente parte del principio Kantiano de igualdad de libertades.

Dijimos que desde la crítica al positivismo se construye su teoría del derecho, ampliando podemos encontrar tres presupuestos principales, a saber:

En primer lugar, supone la neutralidad del derecho. El discurso en el campo jurídico no puede contener política, ética y práctica en sentido amplio, ya que estos argumentos son ajenos al principio de legalidad y legitimidad. En el marco de decisiones difíciles e importantes, el sustrato de las justificaciones es a partir de contenidos de moral-política y razones del legislador que ya están incorporadas en el derecho. Ahí se elucida su crítica a través de la neutralidad a la discrecionalidad y a la supuesta legitimidad de las decisiones, ya que, solo se cumple con el procedimiento de realización del derecho y sustancialmente se acude a razones extralegales.

En segundo lugar, crítica la oclusión autonómica del sistema jurídico, pues consideró que un sistema unidimensional de reglas en caso de colisiones de reglas con proscripción de principios conlleva una indeterminación del derecho, y si se apunta a los principios –es obvio que existen en el marco del derecho, y es mejor para él forjarlos en la fórmula de la interpretación que nublarlos– se acepta que el sistema jurídico no es cerrado a una dinámica de reglas.

En tercer lugar, la perspectiva de nuestro autor concibe el uso de reglas y principios positivados, dentro de una coherente narrativa judicial, la cual debe garantizar el trato igual. Lo anterior, enaltece el principio de seguridad jurídica, el cual no persigue razones pragmáticas, sino la aplicación de justificaciones jurídicas, en términos de legitimidad. Así las cosas, a partir de la interpretación constructiva, reconstruye de forma racional el derecho actual en cada decisión judicial. Aquí, se pretende generar la mejor respuesta posible, sobre la base de una fuerte justificación de argumentos dentro del haber histórico de orden jurídico³⁶⁵.

³⁶⁵ A diferencia de lo que la hermenéutica jurídica historicista presenta, los principios no pueden a su vez tomarse del contexto de tradiciones de una comunidad ética o un lugar de lo común, puesto que pueden o no

Entiendo al igual que Habermas, que la integridad busca mostrar que todos los ordenamientos jurídicos modernos se remiten a la idea de estado de derecho, la cual asegura un punto de referencia institucional que, aunque débiles en algunos casos, con el principio de integridad se encarnaría en la comunidad política una asociación de iguales y libres, que recíprocamente se reconocen como tales y aceptan principios comunes.

En el campo de la filosofía política, se debate mucho sobre los valores políticos, sin embargo, en la filosofía del derecho el conflicto está entabado entre el derecho y la justicia, ya que, es difícil siempre tener una plena garantía de normativa justa. Un Estado de derecho necesita de funcionarios y ciudadanos que se comprometan en lo presupuestado por la justicia (responsabilidad moral). El derecho para Dworkin no sólo está estructurado por reglas en colisión entre sí y con la moral, ya que, como rama del árbol de la moral política tiene una conexión y no sólo una relación. Pero, para materializar esta concepción se necesita de una justicia procedimental, que garantice equidad en el procedimiento y un resultado justo. El derecho en esta estructura es una casta de la moral política (el árbol), que a al mismo tiempo es descendiente de la rama de una moral personal más general (moral), y esta, a su turno, es una rama de una teoría aún más general de lo que es vivir bien(ética)³⁶⁶.

estar acreditados rigurosamente. La interpretación en la práctica necesita de un referente que señale una perspectiva más adelante de las tradiciones jurídicas en las que se desarrolló. Este es el contexto de la razón práctica. En la visión Dworkiniana se acude a la interpretación constructivista, a través de la teoría del derecho como integridad, la cual hace en cada caso una reconstrucción, en términos de razonabilidad, del derecho actual. Ver HABERMAS, Jürgen, “Facticidad y validez”, Óp. cit., p. 279.

³⁶⁶ “...propondré una conexión entre la moral y la ética. Para decirlo en pocas palabras: procuramos actuar por convicción moral en nuestros tratos con otras personas porque eso es lo que exige el respeto por nosotros mismos. Y lo exige porque no podemos ser consistentes y tratar nuestra vida como objetivamente importante si no aceptamos que la vida de todos tiene la misma importancia objetiva. Podemos esperar —y esperamos— que otros acepten ese principio fundamental de humanidad. Este es, pensamos, la base de la civilización. Pero sabemos que muchas otras personas sacan conclusiones muy distintas de las nuestras en relación con las demás convicciones morales que el principio entraña... utilizo los términos “ético” y “moral” de una manera que acaso parezca peculiar. Los estándares morales prescriben el modo como debemos tratar a los otros; los estándares éticos, el modo como debemos vivir nosotros mismos. Podemos —mucha gente lo hace— tratar los calificativos “ético” o “moral”, o ambos, en un sentido más general que suprima esa distinción, de modo tal que la moral incluya lo que yo llamo ética, y viceversa. Pero en ese caso tendríamos que reconocer la distinción que he trazado en algún otro vocabulario, para preguntarnos si nuestro deseo de vivir una vida buena nos da una razón que justifique nuestra preocupación por lo que debemos a los otros. Cualquier vocabulario de ese tipo

En suma, este concepto de derecho busca en los casos difíciles hallar los principios validos a partir de un sistema jurídico ordenamiento jurídico determinado integrando a su concepción la moral política, como condición necesaria de la verdad, los cuales permiten justificar desde la visión de un juez Hércules las decisiones judiciales en un marco coherente y continuo con una tradición jurídica³⁶⁷ y de moral política fuerte, esto es, la suma de contexturas espirituales, cuya narración congruente de elementos jurídicos del sistema jurídico y el sistema moral dicen, que es el derecho vigente (una visión como el erizo), lo cual se traduce en la hermandad del derecho y la moral, como una estructura de árbol, donde el derecho como apéndice es lo que debe ser, en el entendido de lo justo. Un paso más allá de la visión hermenéutica de la tradición Gadameriana, una concepción de derecho deontológica e interpretativa.

nos permitiría explorar la interesante idea de que los principios morales deben interpretarse de manera tal que el hecho de ser morales nos haga felices en el sentido al que se referían Platón y Aristóteles.” DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., pp. 114, 187.

³⁶⁷ Son los mejores argumentos, fruto de juzgar entre unos y otros, en términos de lo justo y no perverso, aunque puede haber en esa tradición elementos jurídicos que son perversos. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 469.

CAPÍTULO V. TEORÍA DE LOS DERECHOS

1. Introducción

La propuesta de derechos de Dworkin considera la importancia de una teoría liberal igualitaria de los derechos individuales, la cual es garantizada por los operadores jurídicos frente a las ofensivas de la mayoría y con plena exclusión de discrecionalidad del juez. Lo anterior, en el sentido de que podrían invadirse las competencias del legislativo y, en consecuencia, destruir la seguridad jurídica y dar lugar a la creación de reglas retroactivas, lo cual implica una pérdida de legitimidad.

El presupuesto de la teoría de los derechos se explicará desde una visión liberal igualitaria, donde los principios permiten hablar de derechos como triunfos en un contexto democrático que tiende a una justicia procedimental. Con relación a la teoría de los principios, se presentarán como estándares que orientan las respuestas correctas en un recorrido crítico con el positivismo jurídico, con lo cual entraremos en una visión de interpretación creativa y holista, que a través de una actitud hermenéutica permitirá imponer sentido en cuanto valor al objeto de interpretación, como la mejor versión posible.

2. Teoría de los derechos

2.1. Rawls y la teoría de la justicia

Claramente, nuestro autor es influido por Rawls y su teoría de la justicia. No obstante, la particularidad de su teoría está en que tiene una inclinación por la progresividad, dado que resalta la importancia de la distribución de los bienes de

forma igualitaria, al congregar la libertad con la igualdad³⁶⁸. Esta perspectiva es una condición para que se deriven los derechos individuales constitucionales en una visión de comunidad, a partir del principio de igual consideración y respeto³⁶⁹.

Esta forma de concebir los derechos tiene su origen en el contexto de la revolución norteamericana y el tipo de ilustración que se gestó allí, pues la influencia protestante penetró la fundamentación de los de derechos. De acuerdo con Dewey, la fuerte influencia de Locke de no restringir políticamente los derechos naturales inherentes al hombre, influyó la cimentación de la filosofía y cultura norteamericana³⁷⁰. Igualmente, Dewey resaltó la relevancia de cómo es que una mayoría llega a imponerse – es lo más importante–, como, por ejemplo, la forma en que se acogen, deliberan y receptionan las opiniones de las minorías, las cuales después podrán ser mayoría.

Asimismo, Dewey propone como primordial y necesario mejorar los métodos y condiciones de los debates, en cuanto a su discusión y la forma en que se persuade, ya que en la esfera pública es problemática la forma de difusión de las conclusiones, asociadas a ese contexto deliberativo. Por ello y otras razones en las cuales no vamos a profundizar, la regla de mayoría es tan tonta como sus detractores dicen que es, pues los medios por los que una mayoría llega a su éxito parecen no ser resaltables y no resistir a una aguda revisión en términos de coherencia lógica³⁷¹.

Para que existan derechos en el liberalismo igualitario tiene que existir una democracia. Por ello, Dworkin pensó que las instituciones norteamericanas reconocen los derechos de los miembros de la comunidad política, teniendo como dintel de entrada al sendero de los derechos, lo que llamó derecho a igual

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 24.

³⁶⁹ Ibidem, p.41.

³⁷⁰ DEWEY, John, “*The Public and Its Problems - An Essay in Political Inquiry*”, Chicago: Gateway Books, 1946, p 87.

³⁷¹ Ibidem, pp. 207-208.

consideración y respeto³⁷², es decir, igualdad como trato igual en el marco del respeto y la autonomía. Su teoría de los derechos no niega la posibilidad de que unos derechos sean más importantes que otros, es más: en casos marginales acepta la posibilidad de privilegiar un derecho frente a otro por razones colectivas, porque existe coherencia entre lo individual y lo colectivo³⁷³.

2.2. Democracia

Y ¿qué es la democracia? Para Dworkin es un conjunto de procedimientos, como votar, hablar, peticionar y presionar, las cuales determinan la forma en que participan de la vida política los ciudadanos de una comunidad³⁷⁴. Se debe anotar que Dworkin no considera que los funcionarios elegidos en el marco democrático, respecto a los procedimientos, tengan restricción alguna sobre lo que pueden hacer o las razones que los impulsen a obrar de esa forma. Pero, sólo se podrá aspirar a la mejor versión de la democracia, si esos procedimientos son generosos y justos, además de la prueba de utilidad a largo plazo sobre los resultados³⁷⁵.

Desde los inicios de su trabajo le interesó la problemática entre la democracia y el constitucionalismo, en el marco de los casos difíciles. Se centra en los casos de

³⁷² Ibidem, p. 38.

³⁷³ Ibidem, pp. 494-495; DWORKIN, Ronald, "La comunidad liberal Ronald Dworkin: introducción de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo: traducción de Claudia Montilla" 1 ed, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1996, p. 132.

³⁷⁴ "Para un liberal como Ronald Dworkin, por ejemplo, la petición de hacer a un lado nuestras profundas convicciones para ir a discutir de política en el foro público implica una escisión de nuestra personalidad nada fácil de realizar. Frente a la frialdad que supone dicha escisión, Dworkin le apuesta a un liberalismo ético en el que ética y política están en continuidad, mostrando que muchos de los problemas de una vida buena son también asuntos políticos. Con ello pretende recuperar el entusiasmo y las energías morales de una democracia liberal activa, aceptando que se trata de un ideal de vida buena por el que merece la pena luchar... Si continuidad entre moral y política, entonces heteronomía de lo político amenaza de los moralismos y de los particularismos nacionalistas. Si discontinuidad, entonces frivolidad, despolitización y funcionalización de la política, HOYOS VÁSQUEZ plantea como solución "acudir a una nueva distinción, ahora entre moral en el sentido kantiano y ética en el sentido aristotélico, de suerte que ya el derecho y la política no requieran, como en KANT, acudir a la moral para ganar legitimidad, sino que se constituyan en el sentido mismo de la participación ciudadana en el cual consiste la soberanía". MARTÍNEZ, Hernán, "Legitimidad, Razón y Derecho: Dos Modelos de Justificación del Poder Político", 1 ed, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 269.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Óp. cit., p. 86.

importancia política en la jurisdicción constitucional, donde pugna la restricción judicial y el activismo judicial. Con lo cual, pone de presente una teoría normativa de la función judicial alternativa, donde uno de sus énfasis es la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos³⁷⁶, puesto que las decisiones de los jueces se deben soportar en argumentos de principio, los cuales gozan de compatibilidad con los principios democráticos³⁷⁷.

2.3. El enfoque de la teoría de la justicia

La concepción de justicia de Dworkin tiene un enfoque de justicia distributiva, donde resulta relevante tratar con igual consideración la vida de todos sus miembros, sobre todo, en la distribución adecuada de la riqueza entre propiedad privada y propiedad colectiva, esto es, una necesidad en términos de comunidad para satisfacer este principio de trato igual. En el fondo su postulado de principios de dignidad³⁷⁸ busca dos presupuestos para su aceptación por parte de la comunidad. De un lado, la igualdad económica (justicia distributiva). De otro lado, una concepción de la libertad que muestre el respeto debido por la responsabilidad que cada persona que tiene de identificar y buscar el éxito de su propia existencia. Adicionalmente, una concepción de libertad debe tener una visión de responsabilidad personal³⁷⁹.

En este esquema de justicia la libertad e igualdad están perfectamente integradas. No se puede determinar las exigencias de la libertad sin tomar cartas sobre la

³⁷⁶ Se presentará a continuación una objeción contra decisiones basadas en principios políticos o directrices políticas, donde se resalta la observancia diferenciada de competencias del judicial y el legislativo: *“La primera objeción, que legislar debe ser misión de funcionarios electos y responsables, no parece admitir excepciones cuando pensamos en la legislación como política, es decir, como un compromiso entre objetivos y propósitos individuales en aras del bienestar de la comunidad como tal.”* DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., p. 151.; *“Pero no puedo imaginar qué argumento se podría alegar para demostrar que hay una mayor probabilidad de que las decisiones legislativas en materia de derechos sean inherentemente más correctas que las judiciales. Sin duda, para cualquier teoría de los derechos, las decisiones en materia de derechos son mejores si están fundadas en una mayor cantidad de información sobre diversos hechos.”* DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Óp. cit., p. 43.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., p. 38.

³⁷⁸ En este subcapítulo y el siguiente de la teoría de principios se definirá esta categoría. Ver DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., p. 14.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 334.

decisión de la distribución de la propiedad, lo cual lleva a la igual consideración por todos. En este sentido, Dworkin considera que la tributación no es una invasión de la libertad, ya que el estado puede justificarse con fundamentos morales, de manera que no transgrede aquello a lo que se tiene derecho a conservar³⁸⁰.

La justicia es una institución que interpretamos. Ésta no sigue los mismos parámetros o criterios del derecho, ya que no se tiene una respuesta única para lo que es la justicia, por el contrario navegamos entre acuerdos y desacuerdos sobre lo que es justicia, y en muchos casos tenemos sólo una anotación parcial de esa concepción. La interpretación sobre la justicia cuenta con una historia que representa un sentido diferente para cada individuo, a partir de la actitud interpretativa particular, casi desde una perspectiva en la etapa preinterpretativa³⁸¹. Igualmente, no se pueden determinar reglas semánticas para determinar el significado de la justicia, lo que se puede es *“...tratar de captar la base de donde surgen la mayor parte de las discusiones sobre justicia y describirlo en alguna proposición abstracta elegida para definir el “concepto” de justicia para su comunidad, de modo que los debates sobre justicia pueden ser entendidos como debates sobre la mejor concepción de ese concepto.”*. Por ello, existirán diferentes teorías, pero lo importante es el desarrollo y defensa de estas formas interpretativas legítimas, como una emanación útil, cuyo valor se reconoce en el compromiso que se genere con ellas³⁸².

³⁸⁰ Ibidem, p. 16.

³⁸¹ *“En primer lugar, debe haber una etapa “preinterpretativa” donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. (La etapa equivalente en la interpretación literaria es aquella donde se identifican en forma textual novelas discretas, obras de teatro, etcétera: es decir, la etapa donde se identifica y distingue el texto de Moby Dick del texto de otras novelas.) Coloco la palabra “preinterpretativa” entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Las reglas sociales no llevan etiquetas de identificación. Sin embargo, se necesita un gran grado de consenso (tal vez una comunidad interpretativa está útilmente definida con el requerimiento de un consenso en esta etapa) si la actitud interpretativa será fructífera y, por lo tanto, podemos abstraernos de esta etapa de nuestro análisis presuponiendo que las clasificaciones que produce son tratadas como una reflexión y una discusión diarias.”*. DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Op. cit., pp. 57-58.

³⁸² Ibidem, pp. 63-64.

En este marco, cualquier interpretación razonable de los derechos, se debe valer de la constitución, dado que implica principios, y el objetivo no es nombrar derechos, sino asegurarlos, lo cual se puede hacer judicialmente. En este sentido, la tesis del juez Hércules encuentra un espacio razonable, puesto que él tiene el deber de hacer cumplir los derechos constitucionales, para lo cual debe tener coherencia con la tradición constitucional³⁸³.

2.4. Preexistencia de los principios

De no tener el soporte en principios la decisión judicial, el juez caerá en juicios políticos, basado en convicciones y preferencias propias, las cuales en una democracia es injusto³⁸⁴. Tener esta condición de preexistencia, es una garantía de que los derechos son tomados en serio, pues los jueces son el último bastión contra las imposiciones mayoritarias frente a los derechos individuales, y justifica de ellos una interferencia, de ser necesario, en la práctica democrática³⁸⁵, para proteger las previsiones justificadas, que dejaron los constituyentes norteamericanos, como garantía de los derechos morales, sean estos vagos o precisos³⁸⁶.

Desde el *federalista* hasta lo planteado por Dworkin, los legisladores personifican como mayoría, un peligro contra los derechos individuales, por la presión de sus electores. Por el contrario, los jueces no tienen esa circunstancia, pero sí tienen el deber y una probabilidad más alta de llegar a soluciones aceptadas, con base en

³⁸³ Ibidem, pp. 274-275.

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 199.

³⁸⁵ "La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución, y particularmente el «Bill of Rights», está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo la que para ella es el interés general o común. Algunas de estas restricciones constitucionales asumen la forma de normas bastante precisas, como la que exige juicio por jurados en las causas criminales Federales, a quizá la que prohíbe al Congreso nacional limitar la libertad de expresión. Pero otras restricciones toman la forma de estándares a los que con frecuencia se considera «vagos», como serlo la estipulación de que el gobierno no negará a los hombres el debido proceso jurídico a la igual protección de las leyes. Esta interferencia con la práctica democrática exige una justificación." Ibidem, 211.

³⁸⁶ Ibidem, pp. 211-212.

principios morales³⁸⁷, con lo cual no significa que se les esté transfiriendo todo el poder político³⁸⁸.

Los derechos individuales deben contar con un canon de preexistencia, como una meta colectiva de la comunidad, en una concepción de moral política³⁸⁹. Sin embargo, los derechos individuales son triunfos políticos en cabeza de los ciudadanos, los cuales no pueden ser menoscabados por la consecución de metas colectivas. Estos derechos políticos, pueden ser distinguidos en derechos básicos, derechos institucionales y derechos legales.

2.5. Derechos básicos, institucionales y legales

Con respecto a los derechos básicos, estos son derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad. Los derechos institucionales, son más específicos, y son válidos contra una decisión de institución particular.

Los derechos legales son una especie distinta de un derecho político, estos se entienden como un derecho institucional a la decisión judicial, lo cual puede devenir de una sentencia judicial en casos difíciles, donde no hay una decisión previa o una práctica explícita que exija una decisión en determinado sentido. En esos casos los derechos y la decisión en sí derivan de argumentos de principio³⁹⁰.

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Óp. cit., p. 43.

³⁸⁸ "Si todo poder político fuera transferido a los jueces, la democracia y la igualdad de poder político quedarían destruidas. Pero lo que estamos analizando es apenas un tipo pequeño y especial de decisiones políticas. No es fácil ver cómo se debe evaluar si el ciudadano sufre alguna pérdida de poder político, si se dejan en manos de los tribunales algunas de estas decisiones, ni qué magnitud tendría esa pérdida. Pero, más allá de cómo se midan las pérdidas y las ganancias en materia de poder político, es innegable que algunos ciudadanos ganan más de lo que pierden." Ibidem, p. 46.

³⁸⁹ "Lo que estoy considerando aquí es el papel de la libertad en una moral política diferente basada no en una ética utilitarista, sino en la igualdad de recursos, que creo que es la moral más atractiva. Las diferentes estrategias usadas aquí, pues, ilustran las afirmaciones metodológicas sobre derechos que se realizan tanto en Los derechos en serio como en A Matters of Principle: los derechos no se pueden identificar independientemente de la moralidad política general en la que se supone que tienen que figurar." DWORKIN, Ronald, "Virtud Soberana", Óp. cit., p. 148.

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., pp. 36-38

2.6. Derechos individuales en serio

Su teoría de los derechos se destacará por su reacción al utilitarismo, dado que la forma en que Dworkin piensa los derechos individuales es avasallada por los objetivos sociales. Según nuestro autor se debe tener una visión más amplia, pero restringida (los derechos no se crean judicialmente) de derechos derivados de los principios morales, por lo tanto, los operadores jurídicos deben ser quienes garanticen estos derechos, ya que es su tarea más relevante frente a las arbitrariedades de las mayorías o del ejecutivo.

Es así como los derechos para ser tomados en serio no pueden ser vencidos por disposiciones de la mayoría, ya que la columna vertebral de una teoría seria de derechos se sustenta en el principio de igual consideración y respeto, por lo tanto, en los casos de racismo, la discriminación de una mayoría blanca no puede ser una condición de validez y legitimidad para maltratar o violar derechos individuales de una minoría de raza negra.

La preexistencia como presupuesto del contexto de la respuesta correcta, exige de parte del juez la obligación de hallar el derecho vencedor del conflicto, aunque esté frente un caso difícil, donde probablemente no exista norma concreta. Allí el juez deberá usar los principios morales precedentes, como pilares de construcción de su decisión judicial, cuya característica importante resultará en una garantía de no retroactividad y el triunfo de la convicción de la mejor justificación racional sostenida por principios en una coherente narración judicial (criterios objetivos).

2.7. Conflicto entre derechos o principios

En los casos de conflicto de derechos o principios, el autor acepta que los juristas y jueces no estarán, generalmente, de acuerdo con los derechos y con los mismos principios. Sin embargo, no es un aliciente para que inventen el derecho, pues su

deber es hallar el derecho vencedor, es decir, la mejor respuesta al problema jurídico, lo cual no implica un procedimiento mecánico para resolver los casos difíciles, como hallar la verdad en términos de una demostración³⁹¹. En su lugar, implica una construcción de sólidos argumentos bajo varios presupuestos –como el que estamos presentado en este aparte– con lo cual se reduce probables inhibiciones o inobservancia de los derechos, pues la exigencia argumentativa en el derecho como interpretación, garantiza coherencia, cohesión, trato igual y seguridad jurídica.

La moralidad política convencional inmersa en la Constitución da lugar a la fuente de validez, de manera que la ley debe estar en sintonía con esta condición³⁹². El derecho y las instituciones estatales son los encargados de garantizar los derechos individuales³⁹³. Pero ¿de dónde podríamos establecer la forma de plantear esta visión de derechos?, considero que Dworkin es heredero de la tradición ilustrada europea, aunque el matiz metafísico es diferente en su postulado, tiene un abrevadero que se remonta a revoluciones y reivindicaciones con argumentos iusnaturalistas³⁹⁴.

2.8. Puntos de encuentro. Paine , Locke y Dworkin

Hemos visto en la primera parte del Capítulo I, cómo Paine consideró que los *“...Derechos naturales son aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir. De esta índole son los derechos intelectuales o derechos de la mente, y también aquellos derechos de actuar, en cuanto individuo, para su propia*

³⁹¹ Ibidem, pp. 146-147.

³⁹² Ibidem, p. 307.

³⁹³ *“...la revisión judicial de un tribunal constitucional constituya un tipo de desobediencia civil no persuasiva, sino que está fundada en una salvedad al principio del gobierno mayoritario, según la cual, se puede obligar a la mayoría a ser justa, contra su voluntad, para lo cual también se puede apelar a estrategias no persuasivas con el fin de explicar por qué el cuestionamiento al gobierno de la mayoría no equivale a rechazarlo abiertamente.”* DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Óp. cit., p. 149.

³⁹⁴ No obstante la referencia metafísica e iusnaturalismo, Dworkin se niega a considerar la metafísica en su teoría, ya que enfatiza que toma la fuente de los derecho en la comunidad política.

*comodidad y felicidad, siempre que no lesione los derechos naturales de los otros. Son derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. Todo derecho civil tiene por base algún derecho natural preexistente en el individuo, pero cuyo disfrute personal no está suficientemente asegurado en todos los casos. De esta índole son los que se relacionan con la seguridad y protección.”*³⁹⁵

Esta visión individualista al igual que las instituciones jurídicas y estatales de hoy encuentra una relación con la visión de Dworkin, pues para Paine los derechos civiles son garantía de los derechos naturales, al igual que los jueces y las instituciones del gobierno. Asimismo, la condición de la preexistencia y desdoblamiento de los derechos naturales hacia los derechos civiles es similar al postulado que parte de principios morales y derechos morales, los cuales dan lugar a los derechos básicos, derechos institucionales y derechos legales.

De modo análogo Locke expresa que las sociedades están compuestas por individuos autónomos que establecen gobiernos para proteger sus derechos naturales. Éste es el individualismo liberal, el cual fue soporte filosófico de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos³⁹⁶. No obstante, Dworkin no comulga con una visión metafísica iusnaturalista, en el sentido de que los derechos devienen de entidades espectrales que distancian la tiranía³⁹⁷. Él presupone aceptable una convención o contrato social hipotético, donde los derechos se acuerdan en el entendido de derecho fundamental y axiomático a partir de la igual consideración y respeto, el cual es un principio y derecho que se asume, dentro de su estructura teórica, como base y lugar de reposo (constitución- moralidad política convencional)³⁹⁸, donde descansan los otros derechos y sus razonamientos, los

³⁹⁵ PAINE, Thomas, “*Los derechos del hombre*”, Óp. cit., p. 61.

³⁹⁶ MENAND, Louis, “*El club de los metafísicos: Historia de las ideas en América*”, Óp. cit., p. 252.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 267.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 38.

cuales se deducen de éste³⁹⁹, sin condicionamiento de la ley o la costumbre, pues estos como independientes pueden juzgar la legislación y las costumbres⁴⁰⁰.

2.9. Justicia para erizos y los derechos

Para finalizar este aparte, reflexionaremos este asunto de los derechos a partir de la última obra de Dworkin *Justicia para erizos*. Así pues, habrá de entenderse que el principio de igual consideración y respeto, como soporte de la legitimidad de una comunidad política da lugar a la imposición moral de obligaciones a sus miembros. En este sentido, las instituciones estatales deben garantizar las libertades para así lograr que las vidas de las personas sean exitosas. En la misma medida, se deben garantizar los derechos individuales, así como lograr los derechos colectivos, dejando en simetría de recursos a los miembros de la comunidad política⁴⁰¹.

En la visión de Dworkin, los principios de dignidad triunfan sobre las políticas colectivas gubernamentales, porque en una democracia todos los derechos políticos son derivados⁴⁰² de ese derecho fundamental (concepción axiomática), bajo una idea de cartas de triunfo, cuya tradicional dicotomía entre los principios

³⁹⁹ Ibidem, p. 38.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 268.

⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., pp. 315-316.

⁴⁰² DWORKIN, Ronald, *“Virtud Soberana”*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2003, pp. 359-361

interpretativos de la igualdad y la libertad⁴⁰³ es coagulada a partir de la dignidad, en una visión de refuerzo y complementación de estos dos principios⁴⁰⁴.

Con relación a los derechos legales entenderá que, “...son un derecho promulgado por el cuerpo legislativo de un gobierno legítimo y que se hace cumplir a pedido de ciudadanos particulares por medio de las decisiones, de ser necesarias, de una institución adjudicativa, como un tribunal...”⁴⁰⁵. Estos, a su vez, se relacionan con los derechos políticos, cuando contribuye a hacer efectivo o realizar un derecho político preexistente. El ejemplo que ilustra este panorama es, “... el de una ley general que prohíbe a las escuelas públicas excluir a los alumnos miembros de una raza minoritaria.”⁴⁰⁶. Estos derechos políticos tienen una condición de preexistencia, pero en su presente son aspiracionales, no todos esos derechos políticos son mutados a legales o elevados a rango constitucional⁴⁰⁷.

⁴⁰³ “En cierto sentido, el proyecto que recomiendo es histórico: es correcto tratar la libertad, la igualdad y la democracia como conceptos interpretativos solo si estos funcionan como tales, y el interrogante de si lo hacen tiene una dimensión histórica. De esa manera, la interpretación convoca a la historia, pero la historia no fija la interpretación. No quiero decir que un concepto solo es interpretativo si quienes lo usan entienden que lo es. Como señalé antes, muy poca gente tiene el concepto de un concepto, y menos aún el concepto de un concepto interpretativo. Quiero decir que debemos ser capaces de comprender de la mejor manera de su uso a lo largo de la historia: comprender de la mejor manera los aspectos en que la gente considera estar de acuerdo y en desacuerdo al suponer que dicho concepto es interpretativo. Sin embargo, si los grandes conceptos políticos son en verdad interpretativos, la historia no es entonces una guía privilegiada hacia su mejor interpretación. El hecho de que a lo largo de la historia moderna muchas personas hayan supuesto que los impuestos infringen la libertad o que la democracia significa el gobierno de la mayoría absoluta no implica que una interpretación que lo niegue sea falsa. Quizás esas personas hayan estado equivocadas; yo creo que lo estaban. Tal vez los filósofos que creen que un estudio de esos conceptos debe ser densamente histórico han supuesto sin más que los conceptos son criterios. De ser así, el ahistórico es su enfoque, no el que yo propongo.”. DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, *Op. cit.*, p. 335.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p 316.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 316-317.

⁴⁰⁶ Estos derechos legales se pueden convertir en derechos constitucionales, como, por ejemplo: “La Constitución de Estados Unidos, por ejemplo, prohíbe al gobierno sancionar ley alguna que niegue la libertad de religión. Las constituciones de algunos Estados, entre ellos Sudáfrica, imponen al gobierno el deber de proveer a todos los ciudadanos un nivel determinado de atención médica.”. *Ibidem*, p. 317

⁴⁰⁷ “Los estadounidenses tienen un derecho político a una atención médica o un seguro de salud adecuados, pero durante muchas décadas —hasta 2010— no tenían un derecho legal propiamente dicho a ninguno de los dos. Su gobierno había fracasado en el deber que tenía con ellos al no transformar su derecho político en derechos legales. Por otra parte, todas las naciones crean derechos legales que no están destinados a coincidir con derechos políticos preexistentes. Una ley que otorgue a los productores agrícolas un subsidio por no cultivar maíz, por ejemplo, crea un derecho legal que no coincide con ningún derecho político previo. No obstante, ese derecho legal es en sí mismo un derecho político con el poder de una carta de triunfo: un tribunal debe ordenar al gobierno pagar un subsidio estipulado por la ley incluso si, por alguna razón, excluir del beneficio a un productor en particular redunde en el interés general.”. *Ibidem*, p. 317

En lo relacionado con los derechos humanos, usa la expresión más fuerte de estos, es decir, como una carta de triunfo (un derecho político). Sin embargo, no todos los derechos políticos son derechos humanos, dado que, en las diferentes culturas, se discuten fundamentaciones diferentes alrededor del socialismo, liberalismo, igualitarismo y utilitarismo.

Por otro lado, el autor pone sobre la mesa el quebrantamiento westfaliano sobre soberanía, con el cual se concebía que, una nación o grupo de naciones no debe interferir en los asuntos internos de otra, ya que, la idea de las cartas de triunfo que hoy en día parece ponerse por encima de la soberanía⁴⁰⁸. Crítica que un estado no reconozca la igual consideración, dado que le causaría a una parte de la población – la pobre – no vivir las vidas que tienen derecho a vivir. Su propuesta estará enfocada a sobreponerse a todos los desacuerdos en derecho, derechos, justicia, política y modelo económico. También, insistirá en que, *“si bien las personas el derecho político a la igualdad de consideración y respeto tienen según la concepción correcta, tienen otro derecho que es más fundamental por ser más abstracto. Tienen el derecho a ser tratadas con la actitud que estos debates presuponen y reflejan: a ser tratadas como seres humanos cuya dignidad es de importancia fundamental.”*⁴⁰⁹

Planteará como segundo principio de la dignidad, la responsabilidad personal del individuo de definir el éxito en su vida, el cual consiste en la responsabilidad personal con su propio destino. Su soporte se encuentra en los derechos liberales tradicionales⁴¹⁰. Finalmente, se inclinará por una visión universal de los derechos humanos, argumentando que con la pluralidad de culturas es imposible enfocarse en una de ellas (con lo cual no las desecha). Este planteamiento de universalidad, lo llevará a fijarse en la verdad tal como la juzgamos, la cual podrá coincidir inicialmente con los derechos humanos en los tratados, pero resaltará la importancia

⁴⁰⁸ Ibidem, pp. 317-318.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 320.

⁴¹⁰ “...libertad de expresión, conciencia, actividad política y religión, incluidos en la mayoría de los documentos sobre los derechos humanos.”. Ibidem, p. 321.

del deber nosotros mismos saber qué entendemos por derechos humanos para así poder persuadir y argumentar alrededor de ellos⁴¹¹.

3. Excurso. Derechos fundamentales y respuesta correcta.

3.1. Introducción

En este aparte se presentará desde la perspectiva del libro *Realizando los derechos Su filosofía y práctica en América Latina* del profesor Rodolfo Arango. Particularmente, estudiaremos desde la visión del autor (i) las posiciones existentes al respecto de la objetividad de los derechos fundamentales, asimismo se observará la propuesta del autor respecto de su concepto y su fundamentación de los derechos fundamentales de corte pragmatista; (ii) luego veremos la concepción de la objetividad de los juicios de valor sobre derechos fundamentales, donde los elementos de orden racional de justificación holista y coherentista forjan la objetividad en dichos dilemas de valor, (iii) finalmente, se planteará una relación entre las respuestas correctas en el derecho desde Dworkin y la teoría de los derechos fundamentales del profesor Arango, para posteriormente fijar unas conclusiones.

3.2. Las posiciones existentes de la objetividad de los derechos fundamentales

Para Arango la objetividad de un juicio o proposición tradicionalmente se ha hecho depender de la correspondencia entre pensamiento y mundo. Desde la perspectiva iusnaturalista se fundamenta en un a priori trascendental que se representa en algo inamovible y eterno. Como respuesta a este postulado, en el siglo veinte, el positivismo propone que sólo aquellos hechos verificables, como el reconocimiento

⁴¹¹ Ibidem, p. 324

político de derechos a través del ejercicio de la voluntad política sea única fuente para hablar de derechos, es decir, cuando estos han sido reconocidos en un orden jurídico.

Posteriormente, Arango nos pone sobre la mesa tres nuevos enfoques con soporte Kantiano, que buscan revitalizar el iusnaturalismo. De un lado tenemos la visión realista de Finnis, donde se conecta la idea de los derechos derivados de principios morales a una concepción objetiva de los valores en el mundo. Por otro lado, tenemos el postulado de Nino, el cual propone un constructivismo ético. Aquí el fundamento objetivo se refleja en tres principios morales (inviolabilidad, autonomía y dignidad humana) soportados antropológicamente, donde según nuestro autor pueden ser refutados, dado que la naturaleza de la persona humana puede cambiar.

Finalmente, desde la metafísica Alexy propone los derechos como valores ahistóricos con “validez eterna”, existentes en todos los tiempos, pero no siempre reconocidos por la conciencia humana. De esta manera, según el profesor Arango se concilia derecho y moral, y la corrección del derecho dependerá de contenidos ahistóricos universales.

Arango plantea dos posiciones pragmatistas, de un lado la de Rorty, como un desafío a la idea de la verdad y objetividad como la correspondencia con algo que está ahí afuera. Plantea desterrar la ontología trascendental, mediante la cual se ha fundamentado los derechos. En su lugar fundamenta los derechos a través del pragmatismo, pero aquí la visión se encamina a abandonar las tradicionales categorías de la verdad y la objetividad, para reemplazarlas por las de justificación y solidaridad.

Como seres interpretativos podemos ver los derechos humanos como creaciones culturales u objetos cargados de creencias, propósitos e interpretaciones sobre su

contenido. El lenguaje es de carácter inclusivo, con el fin de abarcar a todos sin restricciones de nacionalidad, raza, sexo o estatus económico.

De otro lado, está la posición de Putnam con la que se propone reemplazar la concepción de verdad como correspondencia mente mundo, por la de verdad como coherencia. La objetividad se debe como el resultado de un procedimiento. Putnam intenta refutar al positivismo, argumentado que en las ciencias duras hacen valoraciones y, es, por ello que las teorías científicas parten de conceptos abstractos que difícilmente se reducen a hechos observacionales. Aquí se tiene juicios de valor, que son avalados como objetivos por la comunidad científica. Existe una superposición entre hechos y valores, donde la objetividad de un juicio pasa a depender de condiciones de asertabilidad garantizada; son estructuras de justificación compartidas que incluyen valores⁴¹².

La crítica del pragmatista a la concepción ontológico trascendental se puede sintetizar en que se enfoca en el procedimiento de justificación racional y en los referentes de autoridad superior u orden preestablecido. También, es sensible a la circunstancia del pluralismo cultural, sin desembocar por ello en el relativismo valorativo.

⁴¹² “El desplome de la dicotomía entre hechos y valores lejos de impedir la objetividad en las ciencias exactas, permite extenderla a las ciencias normativas. Los valores y las normas, así como los enunciados sobre derechos, no quedan por fuera de la argumentación racional. Criterio de corrección de tales enunciados es la evaluación crítica y reflexiva de nuestras convicciones y creencias. Para Putnam, la validez objetiva de nuestros juicios éticos no es incompatible con el reconocimiento de que estos dependen de la cultura y situación particulares. La solución no es buscar un punto arquimediano ajeno a todo contexto y situación, sino “investigar, discutir y tantear las cosas de una manera cooperativa, democrática y, por encima de todo, falibilista”. De esta forma, la propuesta de Putnam resulta abierta y sensible a aceptar el pluralismo, sin caer con ello en el relativismo valorativo. En particular, Putnam resalta que el lenguaje hace uso de conceptos éticos densos como el de crueldad que sirven a los partícipes de diferentes tradiciones para juzgar la aceptabilidad, corrección o justificación de las acciones. Tales conceptos éticos densos presentan una imbricación entre hechos y valores y presuponen el discernimiento para ser capaz de identificarlos, por medio de la imaginación, con un punto de vista valorativo. Por ello —como lo señala Iris Murdoch en *La soberanía del bien* citada por Putnam— siempre es posible mejorar la propia comprensión de tales conceptos”. ARANGO, Rodolfo, “Realizando los derechos Su filosofía y práctica en América Latina”, 1 ed, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 31.

Ahora bien, el profesor Arango define los derechos subjetivos como “...*posiciones individuales o colectivas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a su titular.*”⁴¹³. Plantea que, a partir de concepciones principialísticas preestablecidas se restringe la posibilidad de ver los derechos como posiciones normativas construidas a partir del desarrollo de la argumentación racional .

Finalmente, describe su postulado de los derechos subjetivos como una propuesta pragmatista, dado que, se cuenta con elementos de orden dialéctico-discursivo, con el acompañamiento de un juicio valorativo derivado de una justificación razonable, que se soporta en valores epistémicos compartidos por los operadores jurídicos, como el caso de la solidaridad tomado del trabajo de Rorty, donde orbitan las premisas de evitar el daños y riesgos injustificados.

3.3. La concepción de la objetividad de los juicios de valor sobre derechos fundamentales

La proscripción de la objetividad en el derecho por parte de algunos pragmatistas se debe al rechazo de la teoría de la verdad clásica, como correspondencia de mente- mundo. Por ello, la realidad moral en el contexto de Posner o Rorty carece de teorización, por verlo como asunto de conveniencia en lo que se dice, y heurística si se quiere. De manera que, el punto relevante se encuentra en la práctica, propiamente en el resultado de las decisiones.

En contraposición tenemos la aseveración de Dworkin, respecto de la objetividad de las tesis planteadas, dice que, sólo serán válidos si son sistemáticos y han sido recíprocamente examinados. Asimismo, la objetividad se forma a través de la argumentación, particularmente en el derecho, el elemento de coherencia juega un

⁴¹³ Ibidem, p. 213.

papel relevante a la hora de sustentar una posición en relación a un problema teórico.

En este punto es relevante traer a colación la formulación del profesor Arango, relacionada con la importancia de las emociones morales en el juicio práctico de las decisiones jurídicas, el autorespeto u orgullo, la indignación, el resentimiento, la culpa son límites morales que evidencian lo valioso en el imaginario y en el mundo físico de las personas⁴¹⁴.

En suma, la objetividad en el derecho es la argumentación que ataca y defiende frente los detractores de la verdad en términos de coherencia. Por otro lado, las emociones morales para Arango serán el límite en el campo práctico en el marco de lo que se puede tolerar.

3.4. Los derechos fundamentales y la respuesta correcta en el derecho

Contando con que, en general, ante un eje temático puntual del derecho no existe univocidad respecto de las soluciones de problemas jurídicos, intentaremos relacionar la teoría de los derechos del profesor Arango con el problema de la única respuesta correcta en derecho.

El gran exponente de la teoría de la respuesta correcta es Dworkin. A través del trabajo de su vida resistió a la afirmación del positivismo de respuestas diferentes en lugar de la única respuesta. Como instrumentos de ejecución de su postura usó la razón y la imaginación, lo cual le permitió respecto del estigma de su posición responder lo siguiente:

⁴¹⁴ Ibidem, p. 54.

“...desde el principio insistí en que no era eso a lo que hacía referencia, el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta. En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué se trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría de derecho que defiende. Afirmo que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho.”⁴¹⁵

Sabe que el derecho es un ejercicio de interpretación-argumentación, así como un fenómeno social, el cual puede entenderse mejor desde la perspectiva de la estructura del derecho. Por esta razón él estudió el arbitrio judicial, como sustrato para construir su tesis de la única respuesta correcta en el derecho. Lo anterior, fue un presupuesto para hallar el valor de verdad de las expresiones o enunciados que justifican una posición y a su vez para describir un derecho o deber dentro de una institución del derecho. Por otro lado, permitirá estudiar el propósito de las prácticas sociales (existencia y [valor] sentido)⁴¹⁶.

Respecto de los principios Dworkin manifestó que estos fungen como justificación de las instituciones de la comunidad. Estos principios son producto de la tradición (como naturaleza de las cosas), pero instrumentalizados bajo una evaluación a través de la equidad⁴¹⁷. Por otro lado, toda norma se cimenta en un principio, por

⁴¹⁵ DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*. 2 ed. España: Editorial Gedisa, 2012, P. 11.

⁴¹⁶ Ver ARANGO, Rodolfo, *“¿Hay respuestas correctas en el derecho?”*, Óp. cit., p. 11.

⁴¹⁷ *“Hércules llegará a la conclusión de que esta doctrina de la equidad ofrece la única justificación adecuada de la práctica del precedente como tal. Sacará también ciertas conclusiones ulteriores respecto de sus propias responsabilidades cuando decide casos difíciles. De ellas, la más importante es que debe limitar la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores a la extensión de los argumentos de principio necesarios para justificar aquellas decisiones. Si se considerase que una decisión anterior estaba totalmente justificada por algún argumento político, esa decisión no tendría fuerza gravitacional. Su valor como precedente quedaría limitado a*

ello, los jueces no pueden crear normas retroactivas y la actividad judicial no puede ser discrecionalidad. Concebir la preexistencia de derechos, avala la pretensión de universalidad, la consistencia y la coherencia en las decisiones judiciales.

El aspecto moral cobra importancia en la problematización que plantea Dworkin sobre la respuesta correcta, pues, ¿es la determinación de lo justo o injusto suficiente para apartarse de una norma o justificar su aplicación de determinada manera? A lo anterior, manifestó una crítica dual al positivismo jurídico, de un lado, por las deficiencias en la interpretación y, de otro lado, por la discrecionalidad judicial⁴¹⁸. Igualmente, investigará por medio de la respuesta correcta objetivar el juicio de valor de las decisiones judiciales.

La respuesta correcta de Dworkin está inmersa en el ordenamiento jurídico, pero debe ser encontrada, por ello todos los casos difíciles tienen una respuesta correcta, donde la actividad judicial juega un papel relevante, con relación a la edificación narrativa coherente del precedente.

Con el Giro hermenéutico de Dworkin, cambia el foco de la problemática epistemológica sobre la teorización del derecho, pues sobrepasa la óptica metafísica y de aplicación al constituirse en una bisagra entre estas dos visiones, por medio de la práctica interpretativa⁴¹⁹.

Ahora bien, y arribado a este paraje podemos ver puntos comunes entre el profesor Arango y la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, como lo es la concepción de verdad, pues para ambos la verdad es un producto discursivo moldeado en la coherencia, con lo cual consigna sentido a las proposiciones, y a su vez permite,

su fuerza de ley, es decir, a nuevos casos abarcados por algunas palabras particulares de la opinión. La fuerza distributiva de un objetivo colectivo, como señalamos antes, es cuestión de hechos contingentes y de estrategia legislativa general. DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio", Óp. cit., p.186.

⁴¹⁸ *Ibíd.*, p.12.

⁴¹⁹ ARANGO, Rodolfo, "¿Hay respuestas correctas en el derecho?", Óp. cit., P. 7-8.

categorizar la verdad correctiva, sin destilar subjetividad. En este contexto es patente el deber de la responsabilidad política⁴²⁰.

Por último, la definición de derechos subjetivos como posiciones individuales o colectivas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo desconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a su titular, permite generar sinergia con la propuesta de la respuesta correcta, pues ambas posiciones, para su construcción plantean la formación de argumentos justificados en un marco coherente.

3.5. Conclusiones y puntos en común de Dworkin y Arango

Los derechos subjetivos son una propuesta pragmatista, en la visión de Arango. Cuenta con elementos de orden dialéctico-discursivo, con el acompañamiento de un juicio valorativo derivado de una justificación razonable, que se soporta en valores epistémicos compartidos por los operadores jurídicos, como el caso de la solidaridad, donde orbitan las premisas de evitar el daños y riesgos injustificados.

La objetividad en el derecho es la argumentación que opera como el ataque y defensa contra los detractores de la verdad en términos de coherencia. Las emociones morales para Arango serán el límite en el campo práctico en el marco de lo que se puede tolerar. El problema de las respuestas correctas gravita en el campo de la moral y no de la epistemología o la metafísica, tiene como propósito

⁴²⁰ DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio", Óp. cit., p.21.

"La tesis de los derechos proporciona, por lo tanto, una explicación más satisfactoria de la forma en que los jueces usan los precedentes en los casos difíciles, que cualquier explicación que pueda ofrecer una teoría que asigne a la política un papel más destacado. Los jueces, como todos los funcionarios políticos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, que en su forma más general, enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que las que pue dan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar. En esta forma general, la doctrina parece inocua; pero incluso en esta forma, condena un estilo de administración política que, siguiendo a Rawls, podríamos llamar intuicionista. Condena la práctica de tomar decisiones que aisladamente parecen correctas, pero que no pue den ser incluidas en una teoría que abarque tanto principios como directrices políticas generales, y que sea congruente con otras decisiones a las que también se considera correctas."

acercarse a la verdad como coherencia discursiva y no de forma apodíctica o lógica, es decir, se supera la formulación descriptiva del derecho por una interpretativa.

El fin del ejercicio del derecho será hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la justificación de una posición en el marco de una valoración a través de la tradición y sentido de los principios, valores e institución del derecho, pero en la decisión es la mejor versión que también apunta a lo justo.

Un punto común entre Arango y Dworkin es la concepción de verdad, pues para ambos la verdad es un producto discursivo forjado en las brasas de la coherencia, con lo cual se propone sentido a las proposiciones normativas. Otro punto común entre Arango y Dworkin es que la construcción de sus postulados implica construcción de argumentos justificados en un marco coherente.

4. Resumen y consideraciones

El postulado de derechos de Dworkin debe ser entendido bajo una condición deontológica que no es ajena a un ethos en una tradición que pretende ser neutral y universal sobre la base de principios morales interpretativos que permiten tomar los derechos en serio. Los derechos individuales son respaldados por el principio y derecho a la igual consideración y respeto⁴²¹, como triunfos frente a directrices políticas u objetivos sociales de la mayoría.

Esta teoría de los derechos descansa en una fundamentación liberal igualitaria, la cual es defendida y garantizada por los jueces, frente a excesos del legislativo o

⁴²¹ “La tesis de los derechos supone que el derecho a ganar un proceso es un auténtico derecho político, y aunque es un derecho que difiere claramente de otras formas de derechos políticos, como el que tienen todos los ciudadanos a ser tratados como iguales, con solo notar esa diferencia no se explica por qué el primer derecho puede ser alterado por decisiones anteriores equivocadas.” DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 157.

imposiciones mayoritarias. En este contexto los jueces acuden a los principios para evitar caer en la trampa de la discrecionalidad, y así garantizar la seguridad jurídica. Su inclinación por la progresividad permite proscribir la disputa entre los principios interpretativos de la libertad y la igualdad, cuando fija como presupuesto de los demás principios y derechos la igualdad de trato y respeto en la comunidad.

Pero, los derechos existirán en el contexto de una democracia que se rige por la igualdad, como trato igual en el marco del respeto y la autonomía. Los derechos individuales deben contar con un canon de preexistencia en una perspectiva de triunfos políticos infranqueables por metas colectivas. A su vez, podemos ver otro tipo de derechos como, los derechos básicos, los cuales son derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad. Los derechos institucionales, son más específicos, y son válidos contra una decisión de institución particular. Los derechos legales son una especie distinta de un derecho político, estos se entienden como un derecho institucional a la decisión judicial, lo cual puede devenir de una sentencia judicial en casos difíciles en que no hay una decisión previa o una práctica explícita que exija una decisión en determinado sentido, por lo cual esos derechos y la decisión en sí derivan de argumentos de principio.

Las disputas en el campo de los casos difíciles se resuelven hallando la verdad, sobre la base de argumentos sólidos de principio, que se encadenan en decisiones justas del pasado en una coherente narración, enmarcada por el trato igual de una moralidad política convencional inmersa en la constitución (fuente de validez).

Como hijo de la tradición de la ilustración preserva triunfos de las revoluciones liberales, cuyo énfasis está en la preexistencia, individualismo, y la consecución de la felicidad en la comunidad. Partirá de que los derechos devienen del principio y derecho fundamental y axiomático de la igual consideración y respeto, el cual es un derecho que se asume, dentro de su estructura teórica, como base y lugar de reposo (constitución- moralidad política convencional), donde descansan los otros

derechos y sus razonamientos, los cuales se deducen de éste. El principio de igualdad de consideración y respeto, así como el principio de responsabilidad personal del individuo, en cuanto definir el éxito en su vida o responsabilizarse de su futuro son principios de dignidad en una narrativa de derechos humanos como triunfos políticos, en una concepción que pretende ser universal y objetiva.

CAPÍTULO VI. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

1. Introducción

El presupuesto de los principios se abordará alrededor de las críticas al positivismo jurídico. Estos principios tienen su asidero en el liberalismo igualitario y una concepción de razonamiento moral. Igualmente, la forma en que se presenta es a través de la distinción entre reglas, principios y directrices, con lo que se significa que la prueba de validez o de pedigree es plana y no contempla principios morales y directrices que llevan consigo una carga de argumentación fuerte. El contexto principal de los principios es aquel en el que se discute la inexistencia de norma aplicable al caso concreto, es decir, los casos difíciles.

2. Teoría de los principios

2.1. Contexto y fundamentación de los principios

A partir de las críticas al positivismo, respecto de la distinción entre tipos normativos, la regla de reconocimiento y la concepción del derecho como un sistema de reglas de todo o nada, revistió de importancia a los principios, los cuales tienen su asidero en liberalismo igualitario y una concepción de razonamiento moral. En sí, presentó una distinción entre reglas, principios y directrices, para significar que la prueba de validez o de pedigree es plana y no contempla principios morales y directrices que llevan consigo una carga de argumentación rigurosa, con la cual se dan razones para creer la verdad de una posición que procede en equidad y persigue la justicia.

El contexto principal de los principios es aquel en el que se discute la inexistencia de norma aplicable al caso concreto, es decir, los casos difíciles. Respecto de los

casos difíciles, siempre hay una respuesta correcta. Excepcionalmente en sistemas legales precarios y poco evolucionados se podría hablar de casos insolubles.

La búsqueda de una teoría que justifique la decisión judicial será a partir de principios, y estos principios no responden a una jerarquía propiamente dicha, ya que, tienen una condición dinámica, cuando se balancean por su peso para aplicar al caso concreto, el cual es decidido a partir de una construcción sobre la base de argumentación, es decir, justificaciones racionales que buscan ser coherentes con una historia constitucional, con un criterio de justicia, como búsqueda de la objetividad⁴²².

El papel del juez se desenvuelve bajo la pretensión de un rol Herculeano, donde toda pretensión de discrecionalidad está desterrada, ya que el juez en este contexto responde a los principios, los cuales dan piso a todas las normas, con lo cual se legitima éste en su competencia judicial. En este sentido, los jueces acuden a argumentos de principio, los cuales son compatibles con los principios democráticos⁴²³, de manera que, con esta construcción se supera las discusiones a nivel de decisiones de la jurisdicción constitucional de revisión, con relación al activismo judicial y el restriccionismo judicial.

Su función operativa es la de guiar y dirigir la construcción de la decisión judicial correcta. De igual modo, esta construcción se lleva a través de la interpretación coherente y no únicamente aplicando reglas o en su defecto creando a discreción nuevos derechos. En este sentido, los casos difíciles se resuelven con principios morales, los cuales a su vez fundan los derechos, con lo cual no se puede suponer que, el juez goza de un poder político para discrecionalmente crear derecho; por el

⁴²² Aunque se debe anotar que el primer principio es el de igual consideración y respeto, el cual no está sujeto a regateos.

⁴²³ DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., p. 38.

contrario, su tarea es hallar o descubrir el derecho, para así garantizar los derechos individuales.

Con la crítica al positivismo, la cual apunta estrictamente a la concepción del derecho como reglas – con desinterés por directrices políticas y principios jurídicos – se abre la brecha para la introducción de la distinción entre reglas y principios. En cuanto las reglas, estas son aplicables de manera disyuntiva, y tienen una determinación de resultado a priori, bajo la forma de aplicable o no aplicable, siempre y cuando los hechos que estipula una regla estén fijados normativamente, lo cual da lugar a que, se considere la validez de la norma, y de ser válida la respuesta es aceptada, pero esta no aporta nada a la decisión⁴²⁴, es simplemente, en términos operativos la aplicación de la tesis estipulada en la normativa a los presupuestos fácticos. De existir excepciones, se deben incorporar todas las excepciones posibles, lo que implica que, cada vez el enunciado de la regla alcance una mayor precisión⁴²⁵.

Con lo anterior el autor muestra una visión unívoca, sin embargo, en el mundo jurídico y en el sistema legal que piensa Dworkin perviven los principios, los cuales son estándares que exige la justicia y la equidad dentro de la dimensión de la moralidad política, como convención constitucional. Con respecto a las directrices políticas, estas son un tipo de estándar que se propone en términos teleológicos, es decir, como un objetivo a alcanzar, el cual se relaciona con aspectos económicos, políticos y sociales de la comunidad en general⁴²⁶.

Respecto de la aplicación de los principios, se circunscribe a las características de contenido del principio (esto da lugar a su peso en concreto). Esta dimensión de

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald, “*Los derechos en serio*”, Óp. cit., p. 75.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁴²⁶ Dworkin propone dos ejemplos para diferenciar la directriz del principio. La primera podría ser como disminuir los accidentes de tránsito, mientras que la segunda sería que ningún hombre se puede beneficiar de su propia injusticia. *Ibidem*, pp. 72-73.

importancia se determina por la fuerza y fundamento que dan a los argumentos, respecto a derechos y obligaciones en un caso difícil⁴²⁷. El caso emblemático *Riggs v. Palmer*, en el cual un nieto comete el homicidio de su abuelo para quedarse con la herencia⁴²⁸, es resuelto por principios, y bajo esa perspectiva se inaplica e interpreta una norma para el caso concreto, para aplicar en su lugar el principio de que nadie se puede beneficiar de su propio dolo. Además, y muy importante, allí se determinó lo que es derecho, en el entendido de una condición de verdad⁴²⁹.

Para nuestro autor, preferiblemente, debemos apoyarnos en antecedentes institucionales, sin embargo, no existe una fórmula como tal que determine el apoyo institucional y su peso en una magnitud determinada⁴³⁰, ya que es una lucha cambiante contra estándares que evolucionan, interactúan y se modifican⁴³¹. Éstos no convergen, sino que coexisten y adquieren una característica de obligatoriedad para los jueces una vez el derecho los reconoce como tal⁴³².

⁴²⁷ Ibidem, pp. 76-77,87.

⁴²⁸ "...se basó sólo en este principio sobre la intención legislativa; su teoría de legislación contenía otro principio relevante. Declaró que los estatutos deberían construirse a partir de textos, no en un aislamiento histórico sino contra los antecedentes de lo que él denominaba principios generales de derecho: quería decir que los jueces deberían interpretar un estatuto que se acercara lo máximo posible a los principios de justicia asumidos en otra parte dentro del derecho. Ofreció dos razones. 1.a primera, es sensato asumir que los legisladores tienen la intención general y difusa de respetar los principios tradicionales de justicia a menos que indiquen claramente lo contrario. La segunda, dado que un estatuto forma parte de un sistema intelectual mayor, debería construirse el derecho como un todo para que ese sistema mayor sea coherente en principio. Earl sostuvo que la ley en otra parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla.". DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 27.

⁴²⁹ Ibidem, p.28.

⁴³⁰ "Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aún si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.". DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 99.

⁴³¹ Ibidem, p.95.

⁴³² Ibidem, pp. 96, 98.

2.2. Principios morales - jurídicos

Los principios morales son a su vez jurídicos⁴³³, como estándares inmersos en la constitución norteamericana. Ellos expresan una razón que orienta las decisiones judiciales y gozan de una condición a priori, como en el caso citado inmediatamente arriba, nadie se puede beneficiar de su propio dolo o injusticias. Éstas son razones que justifican y dan sentido a las instituciones, bajo un foco que ilumina un sistema (moral política) que le es propio a la ética, la moral, la política y el derecho⁴³⁴. Otra dimensión del principio, que lo diferencia de la regla, es el peso o importancia. Una norma puede ser más importante dentro del sistema por su funcionalidad y condición jurídica que direcciona el comportamiento. En última instancia, los principios se diferencian en el método que se usa para resolver los problemas jurídicos y la posición de una distinción entre argumentos, los cuales ejemplifican⁴³⁵.

Cuando se apela a argumentos de principios, se está en la posibilidad de que el peso y su autoridad sean discutidos. Sin embargo, los principios como orientadores para resolver casos difíciles cuentan con herramientas que encarnan el deber del juez, es decir, la fusión de prácticas y de otros principios, los cuales implican referentes de historia constitucional y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos que encierran, a su vez, una obligación moral o institucional de uso en la construcción de la decisión judicial⁴³⁶.

⁴³³ Referirse a un principio jurídicos es referimos a los principios de moralidad política que tienen vigencia en la comunidad, aunque a menudo la expresión principio jurídico es la usada por los jueces. Ibidem, p. 469

⁴³⁴ DWORKIN, Ronald, "*Justicia para erizos*", Óp. cit., pp. 17, 387-388.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., pp. 76-80.

⁴³⁶ Ibidem, p. 88.

2.3. Discrecionalidad y principios

De este modo, respecto de la preocupación de Dworkin por la discrecionalidad, en cuanto la posibilidad de arbitrariedad retroactiva y la subrogación del poder legislativo por parte del juez por la creación de reglas a situaciones pretéritas⁴³⁷, queda superada en su sentido fuerte si se acude a los principios. Pero, el contexto supone un escenario peligroso para los derechos, donde se dificulta la garantía de éstos⁴³⁸. Por ello, la solución de los casos difíciles se debe fundamentar en principios, donde el juez *Hércules* construya una respuesta racional, bajo una justificación coherente con los precedentes, pero orientada por principios.

Esa estructura principialística la construye el juez *Hércules*, junto con una teoría constitucional que justifica su posición⁴³⁹. Los principios jurídicos o morales se hallan a través de un proceso de “extraer” de la historia institucional, mediante razonamientos y juicios de las mejores justificaciones de la historia institucional, lo

⁴³⁷ DWORKIN, Ronald, *Filosofía del derecho*, 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 18.

⁴³⁸ *“Una condena dictada en virtud de una ley penal vaga vulnera los ideales morales y políticos [que inspiraron la cláusula] del proceso debido, de dos maneras. Primero coloca a un ciudadano en la injusta situación de actuar por su cuenta y riesgo, o bien de aceptar una restricción de su vida más tajante de lo que podría haber autorizado la legislación; y tal como ya he sostenido, como modelo de comportamiento social no es aceptable que en tales casos el ciudadano debe suponer lo peor. Segundo, da al fiscal ya los tribunales el poder de legislar en lo penal, al optar por una u otra de las interpretaciones posibles, después del hecho. Ello constituiría, por parte del legislador, una delegación de autoridad que no es congruente con nuestro esquema de división de poderes. Ser condenado en virtud de una ley penal cuyos términos no sean vagos, pero cuya validez constitucional sea dudosa, vulnera la cláusula del proceso debido en la primera de estos sentidos: obliga a un ciudadano a suponer lo peor, o a actuar por su cuenta y riesgo. Y la vulnera también en un sentido semejante al segundo. La mayoría de los ciudadanos se dejarían disuadir por una ley dudosa, si por violarla corriese el riesgo de ir a la cárcel. En ese caso sería el Congreso y no los tribunales la voz efectivamente decisiva en cuanto a la constitucionalidad de las promulgaciones penales, y eso sería también una violación de la división de poderes. Si los actos de disensión se mantienen después de que la Suprema Corte ha dictaminado que las leyes son válidas o que lo es la doctrina política cuestionada, entonces ya no corresponde absolver por las razones que he presentado. Finalmente, y por las razones ya dadas, la decisión de la Corte no habrá establecido el derecho, pero la Corte habrá hecho todo lo posible por hacerlo. Sin embargo, los tribunales pueden seguir ejercitando su discreción para dictar sentencia e imponer penas mínimas o en suspenso, como signo de respeto hacia la posición del que discrepa.”* DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Op. cit., p. 325.

⁴³⁹ *“Una cosa es apelar a principios morales con la ingenua esperanza de que tanto la ética como la economía política se muevan por virtud -de una mano invisible, de manera que los derechos individuales y el bien general hayan de fundirse, y de que un derecho que tenga coma base el principio haya de llevar a la nación a una utopía de engranajes bien aceitados, donde todo el mundo esté mejor que antes. Bickel ataca esta visión con su apelación a la historia y con los demás argumentos que opone al gobierno por principio. Pero es una cosa muy diferente apelar al principio como principio, para demostrar, por ejemplo, que es injusto obligar a los niños negros a recibir educación pública en escuelas para negros, aun cuando muchísima gente vaya a sentirse peor si el Estado adopta las medidas necesarias para impedir tal situación.”* Ibidem, p. 230.

cual es diferente a la explicación, porque con los argumentos – afirmaciones referentes a los derechos y deberes de los ciudadanos – se da lugar a la justificación de las decisiones judiciales⁴⁴⁰. Para conocer de la mejor justificación, se debe poner a consideración variables muy variopintas para formar una idea de la historia institucional, junto con las leyes y las diversas concepciones de la Constitución⁴⁴¹, en términos de principios⁴⁴².

El sistema constitucional norteamericano reposa sobre una construcción moral, donde los hombres tienen derechos morales para defenderse de los posibles abusos del Estado o gobierno de turno. Las cláusulas difíciles del “Bill of Rights”, como las cláusulas de igual protección y de proceso debido deben ser interpretadas como apelaciones a conceptos morales, de manera que los jueces asuman la obligación de aplicarlos plenamente⁴⁴³. En este sentido, el marco de la moralidad política convencional es constitucional, y la Constitución de Filadelfia en la visión del autor parte de la igualdad de trato y respeto, como condición procedimental de la equidad, ya que implica el debido proceso, garantía de los derechos individuales.

Adicionalmente, así como el juez se legitima por el uso de principios, los gobiernos también. Dworkin expresó que ningún gobierno será legítimo si no adhiere a dos principios imperantes, de un lado la igual consideración por el destino de todas y cada una de las personas sobre las que reclaman jurisdicción. Por otro lado, se debe respetar plenamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma y el cómo hacer de su vida algo valioso⁴⁴⁴. Los dos principios

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., pp. 468-469.

⁴⁴¹ “La Constitución norteamericana, entendida como una constitución de principios, provee una mejor forma de gobierno que cualquier otra en la que las ramas legislativa y ejecutiva sean legalmente libres de omitir principios fundamentales de justicia y decencia. Una constitución de principios, reforzada por jueces independientes, no es antidemocrática. Por el contrario, una precondition de la democracia legítima es que se requiera al Gobierno para que trate a los ciudadanos como iguales y respete sus libertades fundamentales y su dignidad. A menos que se satisfagan esas condiciones no habrá una democracia genuina porque, entonces, la mayoría no tendrá un derecho moral legítimo de gobernar.”. DWORKIN, Ronald, “El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”, Óp. cit., pp. 163-164.

⁴⁴² Ibidem, pp. 158-159.

⁴⁴³ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., pp. 230-231.

⁴⁴⁴ DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p. 14.

anteriormente citados, son los que fijarán la dirección de las teorías de justicia distributiva, con las cuales se determinan los recursos y oportunidades que un gobierno debe poner a disposición de sus gobernados⁴⁴⁵.

2.4. Derecho como integridad y principios

Su concepción de derecho tiene una exigencia poderosa de justicia a través de los principios jurídicos. A partir del principio adjudicativo de integridad se cultiva a los operadores jurídicos para que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde les sea posible. Este punto sobre base del supuesto de que todos estos fueron creados y establecidos por un mismo autor, es decir, la comunidad personificada, quien expresa en un marco neocontractualista de liberalismo igualitario una correcta concepción de justicia y equidad.

En esta visión derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso, los cuales proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad⁴⁴⁶. En este entendido los operadores jurídicos asumirán el deber de aplicar los derechos, como la suma de reglas y una principialística coherente y cohesionada de justicia, debido proceso y equidad, donde estos últimos residen en la constitución, como expresión democrática de la comunidad en un momento previo constituyente (primera etapa Rawls). Estos principios jurídicos, como presupuesto de la respuesta correcta en la práctica, envuelven una búsqueda del peso para el caso concreto, donde fruto de la colisión de los principios en el contexto del caso difícil, el juez acude a la técnica del balancing y a la preexistencia

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 14.

⁴⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Óp. cit., p. 164.

de éstos, rastreando su origen en la constitución, lo cual requiere una lectura moral de la constitución⁴⁴⁷.

2.5. Adjudicación judicial de los principios

En la adjudicación judicial se acude al constructo lexicográfico Rawlsiano o axiomático llamado por Dworkin⁴⁴⁸, aunque con unas marcadas diferencias⁴⁴⁹, ya que Dworkin parte de dos principios de dignidad imperantes: la igual consideración y respeto, y la responsabilidad personal. *“Primero, debe mostrar igual consideración por el destino de todas y cada una de las personas sobre las que reclama jurisdicción. Segundo, debe respetar plenamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma cómo hacer de su vida algo valioso.”*⁴⁵⁰.

Para Rawls es el principio de iguales libertades como presupuesto del siguiente, que es el principio de la diferencia, donde los siguientes principios se divisan en un orden consecutivo, si están satisfechos los anteriores principios pilares. En este sentido, en una *“...sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no*

⁴⁴⁷ “...llamo la lectura moral. Muchas constituciones contemporáneas protegen los derechos individuales en contra del gobierno en un lenguaje amplio y abstracto, como el de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, instando al Congreso a no dictar ley alguna que restrinja la “libertad de expresión”. La lectura moral propone que todos nosotros -jueces, abogados y ciudadanos- interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con la convicción de que invocan principios morales sobre la decencia política y la justicia. La Primera Enmienda, por ejemplo, reconoce un principio moral -que está mal que el gobierno censure o controle lo que dicen o publican los ciudadanos-y lo incorpora al Derecho estadounidense. De este modo, cuando surge alguna nueva controversia constitucional -acerca de si, por ejemplo, la Primera Enmienda permite la sanción de leyes contra la pornografía-, son las personas que forman sus opiniones quienes deben decidir cuál es la mejor; interpretación de un principio moral abstracto. Son ellas las que deben decidir si el verdadero fundamento del principio moral que condena la censura, tal como el mismo ha sido incorporado al Derecho estadounidense, se extiende al caso de la pornografía. La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del Derecho constitucional.” DWORKIN, Ronald. “El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana”, Óp. cit., p. 8.

⁴⁴⁸ “... los fundamentos de una teoría de los derechos legislativos. Sostiene, mediante un análisis de la profunda e influyente teoría de la justicia de John Rawls, que nuestras intuiciones sobre la justicia no solo presuponen que la gente tiene derechos, sino que entre éstos hay uno que es fundamental, e incluso axiomático. Este derecho fundamentalísimo es una concepción inequívoca del derecho a la igualdad, que yo llamo el derecho a igual consideración y respeto.” DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 38.

⁴⁴⁹ Se presentaron en el Capítulo III de este trabajo.

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p. 14.

están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la Justicia no pueden estar sujetas a transacciones."⁴⁵¹. Dworkin también considera que su presupuesto pilar de igual consideración y respeto, así como la responsabilidad personal son el fundamento de los derechos individuales y colectivos, en el sentido de derivar de éstos ese derecho (axiomático)⁴⁵², como meta colectiva y, así permitir los derechos⁴⁵³.

Respecto de los principios posteriores a los principios pilar o fundantes, tanto Rawls, como Dworkin, plantean que estos sí estarán sometidos a regateo. El planteamiento

⁴⁵¹ RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Óp. cit., p.13; "La justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se justifique por el hecho de que un bien mayor sea así compartido por otros. El razonamiento que pondera las pérdidas y ganancias de diferentes personas como si fuesen una sola queda excluido. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades básicas se dan por sentadas, y los derechos, asegurados por la justicia, no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales.", Ibidem, p. 33.

⁴⁵² "Enuncio con tanta vaguedad este punto porque no hay razón para suponer, par adelantado, que haya solo un tipo de razones que apoyen esa posición moral. Podría ser que una sociedad justa reconociera una diversidad de derechos individuales, fundados algunos en tipos de consideraciones morales muy diferentes que otros. En la que resta de este capítulo intentaré describir solo uno de los fundamentos posibles para los derechos. De ello no se sigue que, en la sociedad civil, hombres y mujeres no tengan más que los derechos que resulten fundamentados por la argumentación que haré, pero si se infiere que tienen por la menos esos derechos, la que ya es bastante importante. Tal vez sea prudente repetir aquí la que digo [en el capítulo que cuestiona Nickel], esta es, que ni los derechos que allí se describen ni el método usado para defenderlos tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación. La teoría general de los derechos deja margen para que haya diferentes clases de discusión, cada una de ellas suficiente para establecer alguna razón por la cual una meta colectiva, que normalmente proporciona justificación a una decisión política, no justifica una particular desventaja para ningún individuo. El libro sugiere, no obstante, una forma preferida de defensa de los derechos políticos, que es la derivación de derechos particulares a partir del derecho abstracto a igual consideración y respeto, que se toma como fundamental y axiomático". DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 483.

⁴⁵³ "...además, que el derecho a igual consideración y respeto es fundamental entre los derechos de una manera diferente, porque muestra como es posible derivar de ese derecho fundamental la idea misma de una meta colectiva. Si es así, entonces la igualdad de consideración y respeto configura un derecho tan fundamental que no cabe dentro de la caracterización general de los derechos como valores superiores las metas colectivas, excepto como casa límite, porque es tanto la fuente de la autoridad general de los fines colectivos, como de las limitaciones especiales a tal autoridad que se justifican en virtud de derechos más particulares. Esa promesa de unidad en la teoría política no es, sin embargo, nítida en estos ensayos. Si es que hay que defenderla, habrá que hacerlo en otra parte. En particular, se debe mostrar como la misma concepción de igual consideración que justifica también la exención, en forma de derechos económicos, para aquellos que más padecen a causa de tales componendas. Se necesita aquí alguna concepción de los niveles de necesidad, de manera que se pueda demostrar que, en tanto que la igual consideración justifica tales arreglos dentro de necesidades de un nivel de urgencia dado, no permite el sacrificio de necesidades de un nivel más urgente ni siquiera en aras de la satisfacción más plena de un mayor número de necesidades que son menos urgentes.". DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., pp. 41-42.

lexicográfico⁴⁵⁴ y axiomático sólo se aplica para los dos primeros principios respecto a los derechos individuales y los colectivos⁴⁵⁵. El porqué está en su peso, pues este se construye y objetiva a través de la metodología en cadena, partiendo de que los dos primeros principios de dignidad están satisfechos, ya que el constructo se apoya en una versión interpretativa de su peso y no aquel que bien quiera darle el operador jurídico arbitrariamente. Este peso deriva de las ideas del constituyente y la construcción narrativa de las diferentes prácticas institucionales que se han consolidado. Los principios no asignan resultados, sino que orientan las decisiones judiciales, como estándares de la moral política, que hace que sea como producto la mejor decisión posible.

⁴⁵⁴ "...llamaré un orden lexicográfico consecutivo. Éste es un orden que nos exige satisfacer el primer principio de la serie antes de que podamos pasar al segundo, el segundo antes de que consideremos el tercero y así sucesivamente. Ningún principio puede intervenir a menos que los colocados previamente hayan sido plenamente satisfechos o que no sean aplicables. Un ordenamiento serial evita así tener que equilibrar principios, los situados anteriormente tienen un valor absoluto, por así decirlo, con respecto a los que le siguen, y se mantienen sin excepción.". RAWLS, John, "Teoría de la justicia", Óp. cit., p.46; Ibidem, pp.198, 202, 233, 236, 239, 286, 317.

⁴⁵⁵ Estos condicionan los siguientes principios que sí son discutidos, interpretados y defendidos por los juristas, a través de la construcción del peso de los mismo y hallar el valor de verdad; "...los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática, sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El reconstruccionismo conduce a la busque da incesante de criterios objetivos." DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 15; "...y mucha más su peso, son discutibles por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos demostrar la autoridad o el peso de un principio determinado coma podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio, podemos defender un principio y su peso apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios. No hay un criterio valido que sirva coma prueba de la solidez de una casa así; es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero, una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción. El sargento no tiene un criterio claro y distinto para la experiencia, ni el árbitro para la agresividad. Ninguno de ellos tiene discreción, porque está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación. Éste es, también, el deber del Juez.". Ibidem, p. 89-90; "Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aún si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.". Ibidem, p. 99; "La verdad de cualquier juicio moral verdadero consiste en la verdad de un número indefinido de otros juicios morales. Y su verdad proporciona parte de lo que constituye la verdad de cualquiera de esos otros. No hay una jerarquía de principios basada en fundamentos axiomáticos; excluimos esa posibilidad cuando expulsamos a los "morones" de nuestra ontología." DWORKIN, Ronald, "Justicia para erizos", Óp. cit., p. 119.

Dworkin al igual que Rawls comparten⁴⁵⁶ la prioridad por la libertad en la concepción del liberalismo. Sin embargo, Dworkin rompe con la dicotomía entre los principios de libertad e igualdad, al hacerlos harina del mismo costal (con importancia de igualdad). El orden lexicográfico conocido por Dworkin⁴⁵⁷ nos permite entender que, en el proceso de cuatro etapas de Rawls⁴⁵⁸ el peso de los principios es establecido en la etapa constitucional por el constituyente. Pero sólo con el producto constitucional real y superada una etapa hipotética intuicionista⁴⁵⁹, podemos hablar de peso y fuerza vinculante de los principios. Asimismo, no debemos olvidar que los únicos principios que no están sujetos a regateo y discusión son los dos de dignidad. Éstos condicionan los siguientes principios que sí son discutidos, interpretados y defendidos por los juristas a través de la construcción del peso de éstos⁴⁶⁰, para luego ser balanceados y, así hallar la respuesta correcta.

3. Excurso. Análisis de un caso

3.1. Introducción

Aquí abordaremos un análisis del paradigma interpretativo/argumentación jurídica desde la perspectiva de Ronald Dworkin frente el paradigma positivista, donde se contrastará un enfrentamiento entre el derecho de los principios y el derecho netamente guiado por estructura de razonamiento de reglas. Contamos con una sentencia atacada en un proceso de Acción de Tutela. Se discute la violación de un derecho constitucional; en este caso se aplicó una regla procesal con descomunal inflexibilidad, lo cual desencadenó una transgresión al derecho constitucional del debido proceso. Asimismo, tenemos que se vulneró derechos de un sujeto constitucional de especial protección.

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., p. 270.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., pp. 269-270.

⁴⁵⁸ RAWLS, John, *“Teoría de la justicia”*, Óp. cit., p. 245.

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., pp. 235-236.

⁴⁶⁰ DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., p. 254.

Para entrar en contexto, se anota que una madre, en representación de su hijo de dos años, instauró una acción de tutela en contra del Juez Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga⁴⁶¹, por considerar que esta entidad violó el derecho al debido proceso de su hijo, así como los derechos prevalentes del niño⁴⁶². La madre refirió que el juez había proferido una sentencia en la cual se reconoció que el padre del menor antes de fallecer había realizado una simulación que afectaba los intereses del menor, sin embargo, al fallar no resguardó los derechos de éste.

En la sentencia de segunda instancia la tutelante consideró que fueron vulnerados los derechos del menor, dado que, en primera instancia no tuvo en cuenta la condición de menor de edad del demandante y con su fallo violó las además de las normas constitucionales, los Artículos 5, 9, 11, 16, 26 y 41 de la Ley 1098 de 2006, particularmente adujo lo siguiente:

⁴⁶¹ “El Juez Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga consideró que en el proceso de instancia se había constatado que el padre del menor había realizado una simulación relativa, más no una simulación absoluta, que fue lo alegado y demandado por la accionante, en representación de su hijo. En tal sentido, al no haberse constatado lo pedido por la demandante –una simulación absoluta, el Juez Civil de segunda instancia consideró que no podía ser declarada tal simulación, y, en consecuencia revocó el fallo de primera instancia.” . REPÚBLICA DE COLOMBIA, “Sentencia T-1091 de 2008”, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁶² “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

...Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” REPUBLICA DE COLOMBIA, “Constitución Política de 1991”. Gaceta Constitucional, (20 de julio de 1991) núm.116.

“... i) no tuvo en cuenta las leyes preexistentes de protección al menor; ii) que las normas sobre los niños y las niñas son de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes; iii) que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona, y iv) los niños, niñas y adolescentes serán protegidos cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes los administren...”⁴⁶³

El juez de segunda instancia reconoce probada la simulación del acto impugnado, puesto que el demandado confesó que el dinero que recibió de la simulación de la compraventa del único bien que conformaba la masa herencial del vendedor, es decir, el padre del menor, lo repartió con su madre y su hermana, lo cual causó que los derechos del menor se vulnerarían al no tomarse ninguna prevención por parte del juez de conocimiento.

En la acción de tutela la madre del menor expuso dos solicitudes al Tribunal. En primer lugar, que se quede sin efecto la sentencia de segunda instancia, por violación de hecho al revocar en su totalidad la sentencia del de primera instancia, y en segundo lugar que se suspenda la orden de levantamiento de las medidas cautelares que se adjudicataria de lo que le corresponde como heredero desplazado.

El fallo de tutela de la Tribunal Superior de Bucaramanga tutela el derecho al debido proceso del hijo de la accionante. En esta ocasión el juez de tutela consideró que el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga violó el derecho al debido

⁴⁶³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, “Sentencia T-1091 de 2008”, Óp. cit.

proceso del menor, pues, se dejó sin efectos una protección judicial que se le había dado en primera instancia. Éste funda su decisión en los siguientes postulados:

“... considera la Sala que la decisión del funcionario demandado no es acertada, pues no obstante analizar la pluralidad de indicios que llevan a concluir que el negocio celebrado entre Orlando Andrade Peña y Osman Vladimir Andrade Gómez es simulado, decide revocar el fallo de la funcionaria de primera instancia, al considerar que la simulación que afecta al negocio jurídico no es una simulación absoluta, sino una simulación relativa, y como en las pretensiones de la demanda se solicitó la declaratoria de simulación absoluta del contrato, lo procedente es revocar el fallo apelado para denegar las pretensiones.”⁴⁶⁴

Pero olvidó el funcionario de conocimiento que no es una potestad, sino un deber del Juez interpretar el sentido de la demanda, que constituye pieza fundamental del proceso, en aras de establecer su verdadero alcance y desentrañar la pretensión que no aparece claramente definida en la demanda. Lo anterior, con el propósito de hacer efectiva la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, como reiteradamente lo ha expresado la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de agosto de 1981, y sentencia del 17 de abril de 1998.

Así las cosas, según se deduce de la copia de los fallos que obran dentro del diligenciamiento, aunque en las pretensiones de la demanda, el actor solicitó la declaratoria de simulación absoluta del negocio contenido en la escritura de simulación absoluta del suscrito entre Orlando Andrade Peña y Osman Vladimir Andrade Gómez, lo cierto, es que los hechos dan cuenta de la existencia de una simulación relativa, cuando el demandante asegura que la intención del señor

⁴⁶⁴ Ibidem.

Orlando Andrade Peña fue evitar el proceso de sucesión que se veía venir con su muerte o donarle el inmueble a su hijo Osman Vladimir Andrade; proceder que lesiona los derechos patrimoniales del menor Miguel Ángel Andrade Galvis, como heredero del causante.

En este orden de ideas, correspondía al funcionario de conocimiento realizar una interpretación integral de la demanda, en aras de desentrañar la verdadera intención del demandante, preservando sus derechos, y garantizando la primacía del derecho sustancial. No proceder en tal sentido, conlleva a juicio de esta Sala, la existencia de una vía de hecho, pues tal falencia llevó al titular del Juzgado Octavo Civil del Circuito de la ciudad, a tomar una decisión abiertamente contraria a lo probado dentro del proceso, en detrimento de los derechos del menor Miguel Ángel Andrade Galvis, y del ordenamiento jurídico.

De otro lado, aunque le asiste razón al funcionario demandado cuando afirma que al Juzgador no le es permitido basarse en causa distinta a la alegada en la demanda tal axioma no es aplicable al caso concreto, pues no se trata de reconocer hechos distintos a los alegados en el caso demandado, sino de interpretarlos armónicamente con las pretensiones, a fin de desentrañar la verdadera intención del demandante.

*... se ordena dejar sin efectivo la providencia del 14 de 2008, dictada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga, así como las demás actuaciones derivadas de la misma, y en su lugar, se ordena al señor Juez Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga, que en el término improrrogable de los ocho días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a dictar nuevamente sentencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.”*⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Ibidem.

La sentencia de tutela es impugnada y, en consecuencia la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia resuelve revocar la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, y en su lugar, negar la tutela al derecho al debido proceso al menor, pues a su parecer, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga, no repudió ningún derecho constitucional, pues, existen precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia citados e independientemente de si se comparte o no el fallo acusado, no puede ser considerado una vía de hecho. En específico la Corte refirió:

“... la Corte reitera que el Juez en sus discusiones es autónomo, y, en esa medida, no puede inmiscuirse en lo resuelto en la sentencia de 14 de febrero de 2008, porque lo allí dispuesto en torno a la imposibilidad de decidir sobre la simulación relativa, se sustentó en la normatividad vigente y en la citación de dos precedentes judiciales, considerados como pertinentes para el caso. En ese orden de ideas, se descarta la presencia de un yerro con la entidad suficiente para predicar la vulneración del debido proceso del extremo actor, con abstracción de que se comparta o no lo resuelto por el Despacho accionando ...es preciso estimarlos en su real dimensión, en razón a que los mismos se vertieron en el estrado de casación, y bajo la lógica de dicho recurso extraordinario, que no en el auditorio de la tutela, en el cual las sentencias ejecutoriadas resultan intangibles, a menos que se esté en presencia de una vía de hecho, es decir, un acto que no reúne los elementos mínimos que se exigen de una providencia judicial. En este punto es preciso indicar que mientras en la casación le corresponde a la Corte determinar cuál de las interpretaciones es la más convincente, en la tutela el Juez constitucional no cumple esta función ...De suerte entonces que con independencia de que la Corporación avale o no lo decidido por el Juez de segundo grado en el proceso ordinario de marras, dada la motivación que dio

*en su fallo y la referencia a la normatividad vigente, no puede accederse al amparo.*⁴⁶⁶.

En este orden de ideas, podemos reducir el problema a que la aplicación de las reglas de carácter procedimental no puede llegar a tal punto que se ignoren los principios y derechos fundamentales. También es claro que aunque la actuación de los jueces de conocimiento es probablemente sea válida formalmente, se puede cuestionar su legitimidad, dado que se configura una vía de hecho al desconocer la aplicación de derechos y principios constitucionales.

3.2. El problema de la validez

La discusión por la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o ritualístico procesal está en el campo del análisis de la validez y la interpretación. Es una visión netamente jurídica. Sin embargo, no se desconocen otros elementos que se relacionan y gravitan lo político y lo sociológico.

A partir de la óptica de John Finnis el aforismo *lex injusta non est lex* implica: "...a) que cierto contenido normativo tiene para alguna comunidad el estatuto de ley, en el sentido sociológico/histórico (creencias o prácticas) o intra-sistémico (adecuación a ciertos principios o reglas); b) que esa ley es injusta (en el sentido de la razonabilidad práctica); y c) que el principio de la razonabilidad práctica que atribuye obligatoriedad moral a las leyes no justifica o requiere la obediencia a esa ley concreta."⁴⁶⁷. Así las cosas, toda norma que sea opuesta al bien común, no es vinculante en términos morales, así sean dispuestos por una autoridad.

En el campo de la validez normativa podemos decir que para Finnis, el criterio de validez de las normas se basa en el carácter de justo o injusto de las mismas. Es

⁴⁶⁶ Ibidem.

⁴⁶⁷ RODRIGUEZ, Joaquín y MUÑIZ, Toubes. "El iusnaturalismo de John Finnis". Anuario de Filosofía del Derecho X. Santiago de Compostela. 1993, ISSN 0518-0872, No. 10, p. 381.

una interpretación flexible del iusnaturalismo, que entre otras cosas pretende no rivalizar con el positivismo.

“Argumenta que el positivismo jurídico malinterpreta la teoría clásica del Derecho natural cuando ve en ella una identificación del Derecho con principios morales, deducidos éstos a partir de datos sobre la naturaleza. Inspirándose sobre todo en Aristóteles y Tomás de Aquino, Finnis desarrolla una «nueva teoría clásica del Derecho natural» -como ha sido llamada-, en la que éste es entendido como un conjunto de principios mediante los cuales la razón práctica dirige la vida humana y social hacia la más plena realización de ciertos valores autoevidentes que conforman un bien común objetivo. En este planteamiento el bien no se conoce mediante un estudio de la naturaleza, ni siempre da lugar a normas morales que a su vez delimitan el Derecho. El bien es simplemente la meta de toda conducta inteligente, y el objeto del Derecho natural es mostrar cómo mejor se satisface esa meta.”⁴⁶⁸.

Hans Kelsen entiende que el fundamento de la validez de una norma jurídica de un sistema jurídico se basa en la referencia o la aseveración de que dicha norma fue expedida, de acuerdo con la norma básica. De igual modo, los actos jurídicos siempre se interpretarán desde la perspectiva de una estructura de normas escalonadas supra y subordinadas⁴⁶⁹. Otro elemento para la interpretación es que, *“...la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio ex posterior derogat priori...este principio también recibe aplicación cuando las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto han sido dictadas por dos órganos diferentes...”⁴⁷⁰.*

En este contexto Kelseniano, de acuerdo con el profesor Mejía:

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pp. 375-376.

⁴⁶⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 207-208.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 215.

“El derecho moderno se caracteriza por dos rasgos que la teoría kelseniana busca reconocer: los de la pureza metódica y la neutralidad axiológica. En esa línea, la teoría pura elimina el elemento ideológico del sistema jurídico: la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia del tipo si a entonces debe ser b, desprovista de todo contenido ideológico y moral, con un sentido puramente lógico. Tal relación tiene un carácter de imputación. En la misma dirección, la justicia no posee ningún contenido axiológico. El "deber ser" jurídico no tiene connotación ni significado moral. No es una idea trascendente, sino el equivalente de una categoría de lógica trascendental, de tipo kantiano. El derecho y la moral constituyen dos órdenes normativos distintos y sus contenidos no deben confundirse. En tal sentido, la justicia no tiene significación absoluta y, es una idea extraña al "deber ser" jurídico de un sistema positivo”⁴⁷¹.

Respecto de la interpretación de las normas Kelsen dirá que en los casos de indeterminación intencional o no de normativa inferior se presenta la posibilidad de aplicación de varias posibilidades en derecho buscando de alguna la forma del legislador o bien a la expresión que éste mismo escogiera. En este sentido, *“...el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal.”⁴⁷².*

⁴⁷¹ MEJIA, Oscar, *“Legitimidad, validez y eficacia: Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho”*, 1 ed, Colombia: Editorial Temis, 2013, p. 79.

⁴⁷² KELSEN, Hans, *“Teoría pura del Derecho”*, Óp. cit., p. 351.

En términos de Carl Schmitt, la validez de la norma se sitúa en la soberanía Estatal, y concede legitimación para actuar y garantizar la seguridad jurídica en un contexto de amigo-enemigo. Con respecto a la teoría decisionista, está *“...permite la referencia positiva a un determinado punto factico, en el cual, de una nada de norma o de una nada de orden surge la ley positiva y sólo positiva, la cual, sin embargo, deberá valer en lo sucesivo como norma positiva. Una vez dictada, debe valer también frente a la voluntad que la ha puesto; si no, no se podrá conseguir la necesaria seguridad que «se esperaba obtener del Estado»*⁴⁷³. Empero, la validez se derivará de la decisión política, donde el presidente es quien guarece la constitución.

H.L.A Hart cree resolver el problema de la validez a través de la regla de reconocimiento, pues es ella, quien da elementos de criterio para fijar si otras normas dentro del sistema jurídico poseen esa calidad de válidas, es una regla última que sigue una cadena de razonamientos. A propósito, *“Estas ideas referentes al carácter último de la regla de reconocimiento, y a la supremacía de uno de sus criterios, merecen alguna atención. Es importante no confundirlas con la teoría, que hemos rechazado, de que en todo sistema de derecho, aunque se oculte tras las formas jurídicas, tiene que haber una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada.”*⁴⁷⁴. Respecto a la interpretación nos dirá que la función de los tribunales es creadora buscando la intención del legislador del derecho que ya existe.

En este punto resulta sumamente importante destacar, el oportuno análisis de contraste sugerido por Oscar Mejía respecto de Hart y Kelsen, en el sentido de que Hart por medio de la regla de reconocimiento flexibiliza la teoría de Kelsen en cuanto la pureza metodológica y la neutralidad axiológica, así como la *“ambigüedad de la*

⁴⁷³ SCHMITT, Carl, *“Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica”*, 1 ed, España: Editorial Tecnos S.A., 1996, p. 42.

⁴⁷⁴ HART, H. L. A, *El concepto del derecho*, 1 ed, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1998, p. 132.

*norma fundamental - el estatuto epistemológico propio de la teoría jurídica contemporánea.*⁴⁷⁵. Sin embargo, el profesor Mejía ilustra que “...la regla de reconocimiento de HART separa la indefinición de la Norma fundamental kelsiana, pero desemboca en un dualismo: HART admite una normativa que funda la validez y, a la vez, una fáctica que funda la eficacia del sistema de donde se llega a una confusión ontoepistemológica”⁴⁷⁶.

En el contexto de la interpretación, Hart se escuda en el carácter general y parcialmente determinado de la operación judicial, pues para este autor los jueces aplican y crean reglas a través de una teoría del derecho y del ordenamiento. Particularmente, en el ejercicio judicial ve “... posible fundamentar racionalmente las decisiones respecto a la «zona marginal» de las normas, si bien no explica concretamente en qué consiste esta fundamentación, pues sólo ofrece algunas consideraciones generales a través del análisis de ciertas técnicas de los sistemas jurídicos para enfrentar la indeterminación del lenguaje del derecho.”⁴⁷⁷.

Robert Alexy señala que una derogación gravita en “la pérdida de la validez jurídica de una norma debido a la caída de su eficacia bajo aquel mínimo. Al igual que en el caso de la eficacia social en general de los sistemas de normas, no es posible determinar este mínimo —si se prescinde del caso de la ineficacia total— de una manera universalmente exacta.”⁴⁷⁸ Asimismo, en el canon de su teoría discursiva hay una necesidad de institucionalizar el sistema jurídico, donde se incluyan principios del estado constitucional democrático, con poderes separados, de manera que se reflejará la opinión generalizada y se permitirá la corrección y

⁴⁷⁵ MEJÍA, Oscar, “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho”, Revista Pensamiento Jurídico Universidad Nacional de Colombia. Colombia. 2006, ISSN 0122-1108, vol. 16, p.10.

⁴⁷⁶ MEJÍA, Oscar, *Legitimidad, validez y eficacia: Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, Óp. cit., p. 88.

⁴⁷⁷ UPRIMNY, Rodrigo y Rodríguez, Andrés. “*Interpretación Judicial*”, 2 ed, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura. 2009, p.123

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert, “*El Concepto y la Validez*”, 2 ed, España: Editorial Gedisa S.A., 2004, p. 92.

argumentación jurídica como una forma de discurso práctico general⁴⁷⁹. También en el campo de la interpretación, no se debe olvidar que la coherencia es un elemento fundamental de la racionalidad jurídica en la jurisprudencia. Los conceptos y reglas jurídicas generan una conexión que tiene como resultado una metodología de coherencia, pues, lo expuesto es “el criterio para la rectitud de una interpretación...”⁴⁸⁰.

Sostiene Niklas Luhmann que la validez se basa en una especie de idealización de lo ausente, es decir, un símbolo sin valor en sí mismo. Es simplemente una aceptación en la comunicación, la autopoiesis del sistema jurídico⁴⁸¹. En este sentido podemos referir que la validez es *“un valor específicamente propio del sistema jurídico que surge de la realización recursiva de las operaciones propias del sistema y que no puede ser utilizado en ninguna otra parte.”*⁴⁸².

Con respecto a la relación de interpretación acerca de Luhmann, tenemos un aparte de propuesto por los profesores Rodríguez y Uprimny: *“...se parte del supuesto de que la interpretación no puede superar el límite del derecho entendido como su objeto central de examen. Lo que no se cuestiona, entonces, es que el derecho deba ser interpretado y que es el origen inevitable de toda actividad judicial. Todo lo anterior permite configurar el concepto de dogmática en el derecho alrededor de lo que N. Luhmann ha denominado «la prohibición de la negación», dado que en las cadenas de argumentación jurídica no es posible negar los puntos de partida.”*⁴⁸³.

El profesor Oscar Mejía en su libro *la Norma Básica Fundamental* al referirse a la derogación, expone que ésta corresponde a la pérdida de un mínimo de eficacia

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert, *“Teoría del discurso y derechos humanos”*, 1 ed, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 59-60.

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 47.

⁴⁸¹ LUHMANN, Niklas, *“El Derecho de la Sociedad”*, 2 ed, México: Editorial Herder, 2005, p.155.

⁴⁸² Ibidem, p. 69.

⁴⁸³ UPRIMNY, Rodrigo y Rodríguez, Andrés, *“Interpretación Judicial”*, Óp. cit., p. 55.

social o de la probabilidad de eficacia; originando como consecuencia, la pérdida de validez jurídica de una norma debido a la esterilidad de la eficacia⁴⁸⁴.

Jürgen Habermas, manifiesta en este contexto de la validez que, *“vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir, cobra fuerza jurídica, y, pese a la posibilidad jurídicamente dada de quedar derogado en algún momento, mantiene mientras ello no ocurra dicha fuerza o vigor”*⁴⁸⁵. Lo anterior, se debe entender en el marco de la aprobación discursiva-racional por parte de aquellas personas que son destinatarias de las normas y sobre la base del derecho vigente *“...que garantiza, por un lado, la imposición de expectativas de confortamiento estatalmente sancionadas y, por tanto, la seguridad jurídica”*⁴⁸⁶.

En este punto cabe la reflexión sobre la calidad del derecho de *“...ideales de Emancipación...en el sentido de la subversión de ese Derecho o su instrumentalización en un sentido alternativo al que tradicionalmente se le ha dado...”*⁴⁸⁷, teniendo como fin lograr la mejor realización del derecho, pues en la práctica el eje de las decisiones no siempre debe ser el netamente formal – procedimental con sacrificio del derecho sustancial o el comprendido por principios y derechos.

Son muchos los casos en que las instituciones jurídicas operan en favor de elites o a motu proprio. No obstante, *“...Gran parte de la sociología jurídica desde Max Weber hasta el presente se ha desarrollado sobre el presupuesto de que las instituciones jurídicas de una nación operan, de alguna forma, como un sistema*

⁴⁸⁴ MEJÍA, Oscar, *“La Norma Básica Fundamental-Derecho y Democracia en Habermas”*, 1 ed, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente, 2011, p.16.

⁴⁸⁵ HABERMAS, Jürgen, *“Facticidad y validez”*, Óp. cit., p. 92.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 267.

⁴⁸⁷ GARZÓN, Ernesto, *“El Derecho y la Justicia”*, 1 ed, España: Editorial Trotta, 1996, p.100.

*cuyas partes están interrelacionadas y cuyas prácticas, en relación con otros aspectos de la sociedad, reflejan en cierta manera una voluntad común.*⁴⁸⁸.

Günther Teubner al referirse a la jurisprudencia sociológica como teoría de la decisión, asume que es necesario un concepto de racionalidad limitada que tenga como objeto reconstruir procesos prácticos reflexivos de decisión en la órbita del marco legal para la realidad social⁴⁸⁹. De manera que, la validez está enmarcada en una condición de comprobación empírica.

Visto todo lo anterior, si el debate respecto del derecho sustancial sobre lo formal procesal ciertamente está en el campo de la validez y en las metodologías de interpretación que permiten determinar lo válido e inválido de una decisión judicial, entonces, ¿qué hacer? cuando la construcción de la decisión resulta ser inválida por interpretación errada y omisiva de factores jurídicos superlativos.

3.3. La hipótesis del caso

Se cuenta con una sentencia atacada en un proceso de Acción de Tutela. Allí se discute la violación de un derecho constitucional; en este caso se aplicó una regla procesal con descomunal inflexibilidad, lo cual probablemente desencadenó una transgresión al derecho constitucional del debido proceso de un sujeto constitucional de especial protección. Asimismo, a pesar de la reiterada jurisprudencia constitucional, en la cual se ha manifestado que se viola el derecho al debido proceso por exceso ritual manifiesto en la aplicación de las reglas procedimentales, se omite conscientemente el deber de protección de derechos fundamentales desde la lectura de los principios.

⁴⁸⁸ DEZALAY, David, "La Restructuración Global y el Derecho. Colombia", Revista Pensamiento Jurídico Universidad Nacional de Colombia, 2006, ISSN 0122-1108, vol. 1, p. 9.

⁴⁸⁹ GUNTER, Teubner, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno, en La Fuerza del Derecho", Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2000. p. 143.

Por lo anterior, se buscará analizar la pugna entre el derecho procedimental y el derecho sustancial a través del alumbramiento del paradigma iuspositivista frente al paradigma interpretativo/argumentación jurídica, para luego determinar si la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia T-1091 de 2008 opera a través de un paradigma interpretativo/argumentación jurídica (Ronald Dworkin), donde los principios y derechos a la hora de tomar decisiones cobran fortaleza y prevalencia frente a las normas con estructura de reglas.

3.4. Los principios como criterio para resolver el caso

En nuestro caso particular, la Corte Constitucional Colombiana consideró que, la aplicación de las reglas formales – en este caso relacionado con el procedimiento– no pueden emplearse sin la armonización de principios y derechos con las reglas en la aplicación. Si bien la actuación judicial es presuntivamente legítima, se configura una vía de hecho en el momento en que el juez de conocimiento toma distancia de la normatividad constitucional, es decir, ignorando principios y derechos.

Cuando prevalece el procedimiento sobre lo sustancial se ignoran cánones constitucionales, no solamente en sí, por olvidar principios y derechos – debido proceso - Derechos fundamentales de los niños– sino por las disposiciones claras sobre la forma de administrar justicia, como es el Artículo 228 de la Constitución Política colombiana:

“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su

incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”⁴⁹⁰

Al respecto la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-1306/01 del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra ha manifestado que:

“El juez que haga prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental, ignora claramente el artículo 228 de la Carta Política que traza como parámetro de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas. Los jueces deben ser conscientes de la trascendental importancia que tiene el derecho procesal en cuanto a medio garantizador de los derechos materiales, dentro del marco de un debido proceso. En consecuencia, el actuar general debe ser guiado por la coexistencia de estas manifestaciones normativas permitiendo que en un marco jurídico preestablecido se solucionen los conflictos de índole material. Sin embargo, si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228). De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material.”⁴⁹¹

⁴⁹⁰ REPUBLICA DE COLOMBIA, “Constitución Política de 1991”, Óp. cit.

⁴⁹¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, “Sentencia T-1306 de 2001”, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy

En este precedente el tribunal constitucional reprochó el desconocimiento del derecho al debido proceso, cuando se acude a un exceso ritualístico en una decisión judicial. En este caso específico se desconoce de forma patente la verdad jurídica objetiva, pues los hechos son claros, de manera que, el ejercicio rígido del operador jurídico exacerba la primacía de normas con estructura de regla.

Entonces, tenemos que la sentencia del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga de nuestro caso inicial, con conocimiento de causa, se revela contra la verdad objetiva pues a partir de los hechos probados (una simulación para engañar y lesionar los derechos del menor), la interpretación y aplicación de las normas con rigor ritualístico causó una violación de principios y derechos.

El Juez Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga consideró, al igual que la Juez Tercero Promiscuo Municipal de Piedecuesta, Santander, que a partir de las pruebas aportadas al proceso, se concluía que sí se había dado una simulación. Dijo el Juez al respecto:

“Analizada la prueba en su conjunto y siguiendo los criterios de la sana crítica, existe la certeza que el negocio fue simulado en lo que tiene que ver con la clase de negocio jurídico celebrado, por lo que el mismo no se estima eficaz y por ende capaz de producir la plenitud de sus efectos; esta habida cuenta que el interesado –parte demandante– demostró de modo concluyente la ficción de la que fue producto, razón por la cual se estaría frente a una de las modalidades de la simulación relativa o parcial, o como lo dice la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 3 de junio de 1996) que: ‘la simulación relativa ofrece como una de sus hipótesis la simulación en cuanto a la identidad de las partes, la cual ocurre cuando se finge un contrato con un sujeto determinado, cuando en realidad la intención se endereza a celebrarlo con otro que no aparece, pero tenido en cuenta y

con su pleno conocimiento.' En el fondo lo que existió fue una donación sin el lleno de los requisitos legales."⁴⁹².

Ahora bien, el enfoque de la sentencia del juez de conocimiento encarna claramente la crítica que ha hecho Ronald Dworkin. Hemos visto que a lo largo de su trabajo ha criticado al positivismo. Aquí debemos hacer una distinción entre normas, directrices y principios, ya que el positivismo sólo se preocupa por las normas de todo o nada, es decir, se aplica o no se aplica, y se olvida de principios y derechos. De estos últimos no se puede hacer una individualización rastreando su validez u origen, sino con una valoración argumentativa.

Pareciera con este proceder del juez de conocimiento que los principios y derechos constitucionales, no fueran derecho. En este punto es importante traer a colación el célebre ejemplo de Dworkin para efectos de distinguir las normas de los principios. Recordemos que de acuerdo con la referencia de nuestro autor citado inmediatamente, en 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que conocer y decidir un caso, donde el heredero por testamento fue el asesino del causante. En puntual referencia el tribunal manifestó que:

"Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino....[Pero] ...todas las leyes lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario, a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia Injusticia, o

⁴⁹² REPÚBLICA DE COLOMBIA, "Sentencia T-1091 de 2008", Óp. cit.

*fundar, demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen.*⁴⁹³.

Claramente aquí vemos un choque entre un derecho de reglas y un derecho de principios, pues en una apreciación interpretativa de todo o nada, no hay espacio para valoraciones sobre un resultado justo e injusto, particularmente, en el caso principalmente estudiado aquí de la Corte Constitucional y el referenciado por Dworkin del tribunal de Nueva York es claramente injusto que alguien se beneficie de su acción por su dolo.

Asimismo, las dimensiones de las normas aplicadas y desconocidas en el caso de la Corte Constitucional poseen condiciones diferentes. Para empezar, se debe decir que los dos grupos de normas (procedimentales y constitucionales) son funcionalmente importantes, pero, las normas constitucionales tendrán más peso o importancia. A propósito de lo referido, Dworkin expresa que:

“...Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cual es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.)”

Como ya lo hemos expuesto las normas constitucionales juegan un papel de gran importancia, ya que son los pilares argumentativos del caso en referencia. El Juez de Conocimiento supo del daño que implicaba la aplicación rigurosa de la regla

⁴⁹³ DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”, Óp. cit., p. 73.

procesal a costa de un principio constitucional y derechos fundamentales. Éste permitió que el padre del menor, de común acuerdo con los demás miembros de su primera familia, desarrollaran actividades fraudulentas para discriminar y para evitar que el menor tomará su parte correspondiente como hijo de la segunda familia.

En cuanto la decisión en concreto de la Corte Constitucional, encontramos que ésta se apoyó en el precedente de la Sentencia T-1306 de 2001 y que fijó la existencia de una transgresión del debido proceso, mediante una providencia judicial. Luego dejó sin efectos la decisión judicial que violó el derecho al debido proceso y remitió el caso nuevamente al Juez competente para que aplicando la Constitución dicte sentencia nuevamente, dentro de los siguientes 30 días.

Para finalizar vemos que el paradigma interpretativo/argumentación jurídica (Ronald Dworkin) es plenamente representado en el caso estudiado, pues como el ejemplo citado por Dworkin del Tribunal de Nueva York , aquí no se permitió por parte de la Corte que se beneficiara una persona de su accionar doloso. Igualmente, la primacía los principios y derechos (Derecho sustancial en este caso) frente a reglas (derecho procesal), son citados como justificación de la adopción de una decisión con elementos de integración del ordenamiento jurídico y observancia del precedente judicial. También, se supera una situación injusta y a la vez se controla la discreción judicial, en pro de asegurar la protección de los derechos fundamentales orientado por principios, y propende por alcanzar una decisión correcta, desechando una aplicación mecánica del derecho, y en su lugar aplicando una forma integradora a partir de la observancia de derechos y principios, así como el precedente.

3.5. Conclusiones del análisis de caso

A pesar de que el ejemplo estudiado pertenece a un sistema jurídico que principalmente abrega en la tradición del *Civil Law*, pudimos encontrar evidencia de que la sentencia atacada a través de Acción de Tutela violó un derecho constitucional por inflexibilidad en la aplicación de una regla procesal, con lo cual se desencadenó una transgresión al derecho constitucional del debido proceso de un sujeto constitucional de especial protección. Comprobamos que el debate respecto del derecho sustancial sobre lo formal procesal en la sentencia analizada está en el campo de la validez y en las metodologías de interpretación. También, se determinó a través del estudio de las diferentes concepciones de validez y teóricos del derecho que la construcción de la sentencia del Juez de Conocimiento es inválida y a su vez la interpretación es errada y omisiva de factores jurídicos superlativos (principios).

Pudimos determinar que la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia T-1091 de 2008 opera a través de un paradigma interpretativo/argumentación jurídica (Ronald Dworkin), donde los principios y derechos a la hora de tomar decisiones cobran fortaleza y prevalencia frente a las normas con estructura de reglas.

La Corte Constitucional al considerar que no pueden aplicar reglas procedimentales sin la armonización de principios y derechos con las mismas, pone sobre la mesa una forma muy cercana de resolver los casos difíciles como lo propone Dworkin, dado que no se permitió por parte de la Corte que se beneficiará una persona de su accionar doloso, postulado propuesto por Dworkin como principio en la resolución de casos en su libro *Derechos en serio*, es decir, la primacía de los principios y derechos frente a reglas de derecho procesal, así como la observancia y aplicación del precedente al caso estudiado.

Por último, vemos el paradigma representado por Dworkin pues se supera una situación injusta y a la vez se controla la discreción judicial, en apoyo de la

protección de los derechos fundamentales orientado por principios, desechando una aplicación mecánica del derecho, y en su lugar aplicando una forma integradora del derecho.

4. Resumen y consideraciones

Los principios acompañan las principales críticas al positivismo, y a partir de ellas Dworkin le da contorno y contenido a su concepción de principios. Su filosofía de los principios se fundamenta en un liberalismo igualitario orientado por un razonamiento moral. El contexto, en el cual se desenvuelve el protagonismo de los principios, es el de los casos difíciles, donde se discute la existencia de norma aplicable al caso y, en consecuencia, se hace necesario hallar la respuesta correcta. Toda pretensión de discrecionalidad está desterrada, ya que la opción de los principios es una tercera vía, respecto el activismo y el restriccionismo en el campo judicial, bajo el norte de preexistencia y obligatoriedad válida constitucional, y a tono como los principios democráticos.

Sus principios partirán de un criterio de justicia, cuya denominación de éstos será principios de dignidad. De un lado la igual consideración y respeto, y de otro lado la responsabilidad personal. Los cuales son lexicográficos o axiomáticos, presupuesto y condición derechos individuales, más para los principios no existe jerarquía, después de los dos primeros, ya que en su concepción los siguientes principios están sujetos a regateo. La razón de que los principios posteriores se puedan discutir está en la formación del peso o importancia, dado que se construye y argumenta, mediante una lectura moral de la constitución, para así orientar la mejor decisión posible a través de un ejercicio de balanceo, con lo cual se proscribe la arbitrariedad y la discrecionalidad.

Con su distinción de tipos de normas, fijó una crítica a la regla de reconocimiento de Hart, en el sentido de que la prueba del pedigree no dimensiona principios jurídicos y directrices, los cuales implican una justificación a través de argumentos morales coherentes con la equidad en el procedimiento y con la justicia como teleología. Los principios⁴⁹⁴ como estándares que deben ser acatados, debido a que son una exigencia de la justicia y la equidad o en sí de la moralidad (convención constitucional). Su caracterización estará mediada por: su preexistencia; su obligatoriedad; la ausencia de jerarquía o axiomática (con excepción de los dos primeros); su peso constructivo; su fuerza argumentativa, que establece condiciones necesarias de uso; su función orientadora, que no fija consecuencias jurídicas, ya que da razones no sólo para un caso concreto; y su condición de fundamento de los derechos.

Por su lado las reglas como normas aplicables de forma disyuntiva, se aplican en una lógica de todo o nada, es decir, que si los hechos fijados en la regla encajan se aplicará la prescripción. Su caracterización consta de normas específicas de orden taxativo, se aplican en sus propios términos y no aportan nada a la decisión (mecánicos).

Respecto de las directrices políticas, como un tipo de estándar, establecen metas a alcanzar, cuyo planteamiento estratégico para la comunidad está relacionado con

⁴⁹⁴ “Con frecuencia, palabras como «razonable», «negligente», «injusto» y «significativo» cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que tiene lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el tipo de los otros principio y directrices de los cuales depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos «irrazonables» son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente «injustos», esto exige [ejercer] mucho más [el] juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos. Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz o un principio, haga pensar que, se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable o aun cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido por nuestras normas y, por ende, sólo estaría permitido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del derecho.”. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Op. cit., pp. 79-80.

aspectos sociales, económicos o políticos. Se caracterizan por su dimensión teleológica y axiológica, dado que son relativos y no son vinculantes para los jueces. También, son criterios débiles en las decisiones judiciales, pues no se identifican por origen, tienen fuerza argumentativa y son eminentemente colectivos.

Los principios se hallan en un proceso de extraer de la historia institucional los mejores criterios morales, bajo una perspectiva de lo justo, con lo cual se justificará la decisión judicial y se legitimará al juez, sobre la base del marco de moralidad política, que se funda en el igual trato y respeto, en un procedimiento equitativo, que llama al debido proceso y garantiza los derechos individuales.

Por último, los principios no son derecho por su origen (crítica al test de pedigree), inclusive cuando son acogidos por los jueces. Asimismo, los principios no responden a una jerarquía, porque tienen una dimensión dinámica, cuando se balancean por su importancia o peso para el caso concreto. Este peso se construye a partir de argumentación, el cual se justifica racionalmente en el norte de lectura moral de la constitución (percepción de importancia moral positivizada en la constitución), cuya historia institucional suelda presente y pasado en una forma coherente, mediante una metodología de narrativa de novela en cadena. Su objetivo funcional es el de orientar la construcción de los argumentos, que justificarán la decisión judicial. En la tarea de hallar los derechos y obligaciones de las partes, los jueces fundamentarán los derechos en juego, por medio de los principios jurídicos o morales.

CAPÍTULO VII. TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

1. Introducción

Hemos visto que la teoría del derecho de Dworkin entiende el derecho como un concepto interpretativo (epistemología jurídica {Descripción} - teoría de la adjudicación {prescripción}), lo cual es un presupuesto para la respuesta correcta. El cemento de esta visión es la moral política, pero, operativamente, la interpretación de Dworkin condesciende con el estilo literario y a su vez con una perspectiva del derecho como integridad, pues busca decisiones judiciales con coherencia narrativa de precedentes y apoyadas en principios, lo cual conlleva a hallar una interpretación única y correcta, en contraposición de las visiones convencionalistas y pragmáticas⁴⁹⁵.

La presentación de la teoría de la interpretación de Dworkin se observará a través de la visión del derecho como argumentación, así como el análisis de la interpretación del arte y las prácticas sociales. Toma en consideración la relación entre la interpretación de la práctica social y la interpretación artística, en el entendido en que las dos apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ella, lo cual será particular en su presentación como la interpretación creativa, el cual posee una diferenciación de la interpretación científica y de la conversación.

⁴⁹⁵ De un lado, los que buscan aplicar sólo convenciones de la comunidad, las cuales dicen lo que es el derecho y, por otro lado, los que consideran al derecho como las consecuencias idóneas que permitan alcanzar objetivos.

2. Teoría de la interpretación

2.1. El derecho como fenómeno social y las teorías semánticas

Es en el derecho como fenómeno social donde su práctica adquiere una caracterización argumentativa. Su estudio puede realizarse a través de una perspectiva externa o una perspectiva interna. Respecto de la perspectiva externa, es la de un sociólogo o un historiador que se pregunta por qué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos períodos o bajo ciertas circunstancias.

Con relación a la perspectiva interna el interés no es histórico, aunque pueden ser pertinente la historia. No pretenden predicciones de los reclamos legales que harán, sino que se enfocan en hallar cuáles y por qué argumentos son acertados y por qué, le interesa las teoría sociales, económicas y sociales en el argumento, más no como éstas han moldeado a la sociedad. Cabe aclarar que las dos perspectivas sobre el derecho son interdependientes⁴⁹⁶.

Criticará las teorías semánticas, con relación a su énfasis de negar los desacuerdos en el campo jurídico, los cuales versan, principalmente, sobre el concepto de derecho y los argumentos o proposiciones jurídicas. Estos dos desacuerdos tienen de base el desacuerdo del fundamento del derecho o teórico; es decir, la falsedad o verdad de una ley, cuando ésta es correcta o incorrecta, tiene un juicio de valor de por medio. Asimismo, desde el punto de vista empírico, se referirá sobre el contraste de la ley con la realidad, es decir, si en el derecho en la ley se agota, de manera que el punto será sobre la evidencia de un hecho⁴⁹⁷. A toda esta

⁴⁹⁶ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p.23-24

⁴⁹⁷ "Abogados y jueces parecen estar con frecuencia en desacuerdo sobre el derecho que gobierna un caso; parecen no coincidir ni siquiera en las pruebas correctas que deben utilizar. Un juez, que propone una serie de pruebas, sostiene que el derecho favorece al distrito escolar o al empleador, y otro, que propone una serie distinta, sostiene que favorece a los alumnos o al empleado. Si éste es en realidad un tercer y claro tipo de argumento, diferente de los argumentos sobre el hecho histórico y de los argumentos morales, ¿qué tipo de

problemática la bautizará como *el aguijón semántico*, donde los juristas serán presa de discusiones sobre si es uniforme una posición, con relación al significado o el lenguaje del derecho⁴⁹⁸. En este sentido, la visión del derecho criticada consta de proposiciones jurídicas netamente descriptivas, como piezas históricas. Allí los juristas han determinado que las instituciones legales son lo que las instituciones estatales resolvieron en el pasado, como un punto de vista evidente⁴⁹⁹. Igualmente, la verdad de una proposición dependerá de si se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal. En los casos fáciles esa perspectiva puede funcionar, en virtud del hecho histórico de la promulgación, sin embargo, para los casos difíciles, esta visión es insuficiente⁵⁰⁰.

También, en el caso del realismo jurídico y el derecho natural se cae en la trampa, sólo que éstos desprecian el aspecto descriptivo, para efectos de resaltar la parte prescriptiva o evaluativa sobre la base de puntos de vista moral y variables sociológicas o de contexto⁵⁰¹, quedando como salida entender el derecho interpretativamente, como la descripción y la prescripción⁵⁰².

La interpretación como la asociación al significado o la intención del hablante, no es apta para explicar la verdad de las proposiciones en derecho, pues, de ser así,

argumento es? *¿Sobre qué es el desacuerdo?*". Ibidem, pp. 16-19.

⁴⁹⁸ Ibidem, pp. 44-45.

⁴⁹⁹ Ibidem, p.15.

⁵⁰⁰ "La definición funciona bastante bien en casos muy simples. Si el órgano legislativo de Illinois promulga que "ningún testamento será válido si no tiene tres testigos", la proposición del derecho de que en Illinois un testamento necesita tres testigos parece ser verdadera sólo en virtud del acontecimiento histórico. Pero en casos más difíciles. el análisis falla. Consideremos la proposición de que un programa de discriminación positiva dado (que todavía no ha sido probado en los tribunales) tiene validez constitucional. Si esto es verdad, no lo puede ser sólo en virtud del texto de la Constitución y de decisiones anteriores de la justicia, porque hay abogados razonables que saben perfectamente bien qué dice la Constitución y qué han hecho los tribunales, y aun así pueden no estar de acuerdo sobre la verdad de la proposición. (Tengo mis dudas de que el análisis de los positivistas sea válido incluso en el caso sencillo del testamento, pero esa es otra cuestión que no trataré aquí.).". DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Óp. cit., p. 192.

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p 38

⁵⁰² "Hay una alternativa que supera las anteriores: las proposiciones del derecho no son meras descripciones de la historia jurídica, de un modo directo, ni tampoco son simples evaluaciones de una forma divorciada de la historia jurídica. Son interpretaciones de la historia jurídica, lo cual combina elementos de la descripción y de la evaluación. pero no equivale a ninguna de las dos". DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Óp. cit., p. 192.

caería en la trampa positivista, donde las proposiciones de derecho describen las decisiones tomadas por instituciones del pasado. Para superar esta visión se deberá estudiar la como una actividad general a modo de conocimiento, donde se examinan contextos en los que se desenvuelve⁵⁰³.

2.2. Interpretación del arte y las prácticas sociales

La versión Dworkiniana de la teoría de la interpretación se edifica en el análisis de la interpretación del arte y las prácticas sociales. Asegura sacar provecho de una relación entre la interpretación de la práctica social y la interpretación artística, en el entendido en que las dos apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, a diferencia de la interpretación en las ciencias duras, donde se interpretan sucesos o la interpretación de una conversación entre personas (en ambos casos no son creados por ellos). A ese punto en común lo llamará interpretación creativa, con diferenciación de la interpretación científica y de la conversación⁵⁰⁴.

Junto con esta concepción, pondrá sobre la mesa su categoría de la actitud interpretativa, la cual consiste en desenvolverse bajo dos presupuestos. El primero, bajo el entendido de que el objeto de estudio existe como una práctica (existe así sea un supuesto). Asimismo, esa existencia implica un valor en cuanto sentido, entendido como propósito o interés que hace que se cumpla esa práctica por un principio (sentido), independiente de las reglas que desarrollan la práctica. En segundo lugar, supone que los requisitos (comportamiento y juicios que la garantizan) de la práctica no son considerados uniforme o exclusivamente lo que siempre han sido, sino que depende del principio o sentido para que las reglas sean entendidas, aplicadas, extendidas, modificadas, calificadas o limitadas por dicho

⁵⁰³ Ibidem, p. 99.

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Óp. cit., p. 47.

sentido.⁵⁰⁵ El resultado de esos presupuestos es que la actitud interpretativa consigue un significado de la institución. Pero, ese significado se reestructura como la perspectiva de la mejor versión o ángulo⁵⁰⁶.

Este enfoque se inclinará por la perspectiva interna, ya que ésta permite explicar mejor los desacuerdos en derecho, porque trata de entender el carácter argumentativo de la práctica legal. Por ello, le interesará la interpretación de las prácticas sociales y las obras de arte, dado que estas se ocupan fundamentalmente de los propósitos y no de meras causas⁵⁰⁷.

Por su parte, la interpretación de prácticas sociales es una forma *sui generis* de conocimiento, la cual se refiere a las prácticas y las tradiciones comunes de los miembros de una sociedad. Su conducta requiere de una condición específica, donde el punto a resaltar es la mejor versión de la interpretación de esas conductas de la práctica y la tradición. La clave para descomponer la dinámica de las prácticas sociales cuando cambian está en la actitud interpretativa, en cuanto la asignación de sentido en cuanto valor (propósito) por parte del intérprete, como la mejor versión⁵⁰⁸.

En cuanto a la comunidad personificada, cumple un rol en la concepción del derecho como integridad respecto del principio adjudicativo, lo cual puede ser entendido

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 45.

⁵⁰⁶ “Los dos componentes de la actitud interpretativa son independientes entre sí; podemos tomar el primer componente de la actitud hacia alguna institución sin tomar también el segundo. Eso se hace en el caso de juegos y competencias. Apelamos al sentido de estas prácticas al discutir sobre cómo deberían cambiarse sus reglas, pero no (excepto en casos muy limitados) sobre cuáles son sus reglas ahora. (1) Eso está fijado por la historia y las convenciones. Por lo tanto, la interpretación desempeña sólo un papel externo en juegos y competencias. Sin embargo, es crucial para mi historia sobre la cortesía que los ciudadanos adopten tanto el segundo componente de la actitud como el primero. Para ellos, la interpretación decide no sólo por qué existe la cortesía sino también qué es lo que ahora requiere. El valor y la alegría se han entrelazado.” Ibidem, p.42.

⁵⁰⁷ “Los ciudadanos de cortesía no desean hallar, cuando interpretan su práctica, los distintos determinantes económicos, psicológicos o fisiológicos de su conducta convergente. Tampoco un crítico desea una explicación fisiológica de cómo fue escrito un poema. De modo que debemos hallar la forma de reemplazar la metáfora de las prácticas y los cuadros que hablan por voz propia que reconozca el lugar fundamental del propósito en la interpretación creativa.” Ibidem, p.48.

⁵⁰⁸ Ibidem, pp. 49, 50, 55-56,

como el propósito. Gracias a esta categoría Dworkin logra sumar los principios de equidad, justicia y debido proceso (principio adjudicativo de integridad)⁵⁰⁹, lo cual es similar a cómo las personas se comprometen con sus convicciones, ideales o proyectos. Esta categoría la plantea como una entidad diferente e individual de los ciudadanos, bajo una responsabilidad grupal, pero los principios no son necesariamente los de la mayoría, ya que busca introducir objetividad en estos y enfocarlos hacia lo justo⁵¹⁰, para que rijan a los funcionarios públicos, como agentes de la comunidad, en sus funciones y, estos actúen con imparcialidad⁵¹¹.

La comprensión del cambio de las prácticas sociales se analiza desde los argumentos, juicios y conclusiones a las que llegó cada participante de la práctica, y el acopio de esas posiciones permite entender el porqué de los cambios, con lo cual la actitud interpretativa permite pensar una interpretación colectiva, teniendo en cuenta los fundamentos que la crea y asume. Así las cosas, la práctica social como una entidad independiente funciona con un sentido colectivo, es decir, lo que significa y no lo que los participantes quieren que sea ella⁵¹².

Respecto de la interpretación artística, ésta busca el sentido de la intención del autor, como la mejor experiencia artística posible. En el caso de una obra literaria se buscará presentarla como la mejor versión posible de lo que pueda ser, pero, claro está, sin adulterarla y como un todo. Asimismo, no descarta otras opiniones de otros intérpretes, ya que la parcialidad es equivocada. De ahí la importancia de la

⁵⁰⁹ *“Tenemos dos principios de integridad política: un principio legislativo, que pide que los legisladores traten de que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral, y un principio adjudicativo, que instruye que se considere el derecho lo más coherentemente posible desde esa perspectiva. Nuestra mayor preocupación es el principio adjudicativo, aunque no todavía. En este capítulo afirmo que el principio legislativo forma una parte tan importante de nuestra práctica política, que ninguna interpretación competente puede ignorarla. Medimos dicha afirmación según las dos dimensiones que ahora nos resultan familiares. Preguntamos si la suposición de que la integridad es un claro ideal de la política se adapta a nuestra política y, por último, si honra nuestra política. Si el principio legislativo de integridad es notable en estas dos dimensiones, el caso para el principio adjudicativo, y para la concepción del derecho que sostiene, habrá comenzado bien.”* Ibidem, p. 131.

⁵¹⁰ Ibidem, p. 130.

⁵¹¹ Ibidem., pp. 126-127, 130.

⁵¹² Ibidem, pp. 55-56.

metodología de la novela en cadena⁵¹³, donde, un grupo de novelistas escribe una novela en serie. Allí cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo de la mejor forma posible, con lo cual, luego se adiciona a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente.⁵¹⁴

2.3. La interpretación creativa Dworkiniana

Visto lo anterior, de forma muy general, la interpretación para Dworkin es creativa, bajo una perspectiva constructiva, donde interactúa el propósito y el objeto de interpretación, más no se impone lo que él quisiera que fuera. En sus palabras es “... una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece.”⁵¹⁵.

En este sentido, la interpretación creativa no es una conversación, sino una construcción a la cual le interesa el propósito y no la causa, pero los propósitos fundamentales, no son en sí los del autor, sino el intérprete, pues el propósito se le impone al objeto o a la práctica para hacer de ellos la mejor versión del género o especie al cual pertenecen. Igualmente, se aclara que, con la imposición del propósito no se quiere establecer que, el intérprete hace lo que quiere de él, ya que el intérprete cuenta con unas restricciones históricas y de la práctica misma, bajo una guía de la búsqueda de los buenos fundamentos, por ello interactúa el propósito y el objeto.

⁵¹³ Novela en cadena recuerda un poco lo presentado en la primera parte del Capítulo I, respecto Davies y a Coke. A partir de John Davies se plantea una perspectiva histórica de la tradición del Common Law. Refiere el autor que, el derecho es aquel preservado en la memoria del hombre, donde la costumbre inmemorial se aparta como el lugar propio y originario, que da lugar al nacimiento derecho. Edward Coke, consideró que, la costumbre inmemorial debía ser restablecida por los jueces, como una perfección artificial de la razón obtenida a través de un largo estudio, observación y experiencia, la innumerable sucesión de tiempos, por la larga e incontable continuidad de la experiencia da acceso al verdadero derecho.

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”, Óp. cit., p. 167.

⁵¹⁵ Ibidem, p.48.

2.4. Metodología de la decisión judicial y las etapas de la interpretación judicial

La interpretación en el campo judicial se asimila al ejercicio novelístico, donde los operadores jurídicos conectan el presente con el pasado al observar las decisiones judiciales del pasado para efectos de dar vida a una construcción colectiva, donde el último juez adiciona el mejor capítulo posible de forma coherente persiguiendo la justicia, pero guiado en su conducta por los principios de moralidad política, para no sucumbir a sus convicciones personales.

Este ejercicio es un presupuesto para la respuesta correcta en derecho, ya que en la praxis esta narrativa de novela en cadena materializa la tesis de la respuesta correcta a través de unas etapas, donde los principios tienen un peso que contribuye a la metodología de encadenamiento constructivo de la jurisprudencia, por medio de la suma precedentes en un coherente relato, a saber:

Ontológica o preinterpretativa. Aquí se encuentran normas y el precedente en el cual se empleó el peso en un principio, de manera que se proporciona el contenido provisional de la práctica jurídica, en el entendido de consenso interpretativo de la comunidad política que origina la necesidad de interpretar dicha práctica. En pocas palabras, en esta etapa se dice lo que es el derecho provisionalmente, es decir, el objeto (derecho) con una realidad propia antes de ser estudiado el contenido (normas - reglas de los precedentes)⁵¹⁶.

⁵¹⁶ “En primer lugar, debe haber una etapa “preinterpretativa” donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. (La etapa equivalente en la interpretación literaria es aquella donde se identifican en forma textual novelas discretas, obras de teatro, etcétera: es decir, la etapa donde se identifica y distingue el texto de Moby Dick del texto de otras novelas.) Coloco la palabra “preinterpretativa” entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Las reglas sociales no llevan etiquetas de identificación. Sin embargo, se necesita un gran grado de consenso (tal vez una comunidad interpretativa está útilmente definida con el requerimiento de un consenso en esta etapa) si la actitud interpretativa será fructífera y, por lo tanto, podemos abstraernos de esta etapa de nuestro análisis presuponiendo que las clasificaciones que produce son tratadas como una reflexión y una discusión diarias.”. Ibidem, pp. 57-58.

Hermenéutica o interpretativa. Quien interpreta debate sobre el porqué de la teoría del derecho que está en la práctica, paso seguido establece una justificación general de los elementos de la práctica identificada en la etapa anterior, sin ingeniar una nueva práctica, sino que interpreta y argumenta en los límites de lo que su comunidad comparte, de manera que se construye una justificación general creativa reclamando el uso de una amalgama de prácticas y principios sobreentendidos, que están presentes en la historia constitucional y judicial de esa comunidad política⁵¹⁷.

Constructiva-práctica o posinterpretativa. Aquí hay una visión reformadora, con la cual se busca ajustar de mejor forma el sentido de la práctica del derecho, de manera que se adecue a la justificación que se necesita en realidad como la mejor que fue aceptada en la etapa interpretativa. Entonces, con el precedente nuevo que construye la jurisprudencia⁵¹⁸, se ha ajustado el mejor sentido de la práctica, como la mejor construcción posible y coherente⁵¹⁹.

Visto lo anterior, en el contexto de casos difíciles, cuando no hay norma o *ratio decidendi* de una jurisprudencia aplicable, tenemos que acudir a principios morales y las *ratio decidendi* importantes, bajo un proceso de identificación de la normativa, una justificación de forma coherente de la decisión y un ajuste del sentido de la justificación. Asimismo, el Juez Herculano bajo el deber moral de corte kantiano, busca la justicia como fin, guiado por un razonamiento de moral política, donde la fuerza gravitacional de los precedentes se nutre de sopesar argumentos de principio, para así generar una regla vinculante como justificación de la jurisprudencia como un todo⁵²⁰. Esta jurisprudencia se construye con elementos

⁵¹⁷ “Segundo, debe haber una etapa interpretativa donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva.”. Ibidem, p. 58.

⁵¹⁸ Es la regla de derecho jurisprudencial (*ratio decidendi*).

⁵¹⁹ “Por último, debe haber una etapa posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita “en realidad” la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa.”. Ibidem, p. 58.

⁵²⁰ Es la regla de derecho jurisprudencial (*ratio decidendi*).

coherentes entre sí de los precedentes históricamente interpretados, como el sentido original que ensambla el pasado con el presente, en una narración perfectible, que reposa en el canon de concepción del derecho como integralidad.

Desde el punto de vista de la moral, los argumentos jurídicos hacen afirmaciones referentes a los derechos y deberes, de manera que, con respecto al proceso de extraer principios de la historia institucional, en el contexto de los casos difíciles, resulta ser un proceso de juzgar las justificaciones de esa historia jurídica, cuyo objetivo, respecto del proceso judicial debe ser hacer justicia, bajo un canon de preexistencia normativa (el esquema justo político de dónde vienen los principios de moral política es la constitución). De la constitución se extraen razones de equidad, lo cual garantiza a los ciudadanos un trato igual y respeto, donde el juez Hércules, bajo una teoría constitucional (su aporte a la novela judicial), justifica en su totalidad la constitución (visión colectiva de la novela en cadena) ⁵²¹.

2.5. Colisión de principios

El caso de la colisión de principios se plantea sobre la base de la identificación del peso, que determina la necesidad de usar en la justificación uno de ellos de forma principal, es decir, como argumento⁵²² que orientará la respuesta correcta. En términos prácticos el juez que resuelve el caso difícil debe determinar el peso de los principios preestablecidos en juego, lo que significa que, el peso se construye con la argumentación, gobernada por la moral política, ya que no hay una jerarquía preestablecida y los principios son dinámicos⁵²³, lo cual da paso a que se construya la verdad objetiva.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., pp.14, 50, 60, 80,152,177-178, 213, 469.

⁵²² Sería las reasons (razonamientos) motivación o consideraciones (obiter dictum), como justificación y fundamentación de la sentencia

⁵²³ DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, Óp. cit., pp. 76-79.

La asignación de peso o importancia no es una demostración, sino que es una forma de darle sentido y coherencia a todo el sistema legal a partir de la constitución, donde, precisamente, la coherencia acoge un esquema de prioridad (el peso) o adaptación y no de arbitrio, lo cual es un reflejo de las fuentes respectivas, es decir, los principios derivados de la moral política⁵²⁴.

Debemos recordar que la condición lexicográfica o axiomática es sólo de los dos principios de dignidad, los demás principios están sometidos a regateos y disputas, ya que son dinámicos y no jerárquicos, pero coinciden coherentemente con la moral política. Las instituciones estatales legítimamente, bajo esta visión tienen la facultad de obligar a los miembros a vivir, de acuerdo con esos principios morales -jurídicos, ya que colectivamente fueron fijados⁵²⁵.

La moral política como un punto de vista normativo, resulta ser una contención frente a la discrecionalidad, como argumentos extrasistémicos y axiológicos. Asimismo, como una forma de corrección, delimita y controla la racionalidad en una visión de coherencia e integralidad, más allá de la tradición, como un canon de conducta deontológico. El desarrollo continuo de dos siglos ha dado lugar a un aprendizaje y desarrollo constitucional, como cemento de la razón y la responsabilidad, lo cual permite tener un método y justificaciones fuertes que persigan la justicia, por medio de los principios.

⁵²⁴ DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Óp. cit., p. 193.

⁵²⁵ *“Rápidamente nos pondremos de acuerdo también sobre las decisiones que la gente no tiene derecho a tomar por su cuenta. No puedo decidir por mi cuenta qué propiedades son mías en lugar de suyas, o si puedo dañarle físicamente o encarcelarle, ni tampoco, como hoy pensamos la mayoría de nosotros, si llevar el cinturón de seguridad cuando conduzco. El Estado toma esas decisiones por todos nosotros y nos fuerza legítimamente a obedecer sus decisiones. La diferencia entre esos dos tipos de decisiones es la diferencia entre la ética y la moralidad. Nuestras convicciones éticas definen qué debemos calificar como una buena vida para nosotros; los principios morales definen nuestras obligaciones y responsabilidades hacia otras personas. El principio de la responsabilidad personal concede al Estado la autoridad para forzarnos a vivir en consonancia con los principios morales establecidos colectivamente, pero prohíbe que el Estado dicte las creencias éticas de esa forma.”* DWORKIN, Ronald, *“La democracia posible: Principios para un nuevo debate político”*, Óp. cit., p. 37.

Estos principios pueden entrar en colisión y no tener prefijado un resultado, pero si pueden ser balanceados⁵²⁶ y, de acuerdo con su peso relativo orientar una decisión judicial como la mejor posible, porque justifica el sistema legal en su totalidad⁵²⁷, como, por ejemplo, cuando se balancea un derecho político, derivado de la primera enmienda (entendido como triunfo), frente un objetivo sostenido en argumentos de justificación para acciones políticas⁵²⁸.

2.6. Justicia para erizos y la interpretación

A partir de la justicia para erizos se presentará una dimensión más abstracta de la interpretación para Dworkin, que no es incoherente con lo presentado hasta ahora, pues se trata de la responsabilidad deontológica a partir de la responsabilidad de la posición interna y el norte de la verdad en la interpretación como una sola (respuesta correcta)⁵²⁹.

Señala el autor que el escepticismo externo es muy confuso y tentador para aquellos que niegan una respuesta correcta. Adicionalmente, resulta peligroso en los casos

⁵²⁶ “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinar la balanza en un u otro sentido.” DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 77.

⁵²⁷ Ver DWORKIN, Ronald, “Filosofía del derecho”, Óp. cit., p. 318-319; DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Óp. cit., p. 14; DWORKIN, Ronald. “El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana”, Óp. cit., pp. 21-23, 35-136, 166-167.

⁵²⁸ “Podríamos decir que un derecho político es un triunfo que vence al tipo de argumentos basados en ajustes que normalmente sirven de justificación para las acciones políticas. La Primera Enmienda otorga a los estadounidenses el derecho legal a librarse de la censura política; explicamos la conveniencia de este derecho legal partiendo de la suposición de que las personas tienen un derecho político a expresarse que es lo bastante importante como para recibir este tipo de protección legal ... La Constitución también otorga a los norteamericanos ciertos derechos legales que les garantizan un juicio justo en caso de ser acusados de un crimen. Justificamos esos derechos legales insistiendo en que las personas tienen un derecho político previo a no ser encarceladas sin un juicio justo, incluso en el supuesto de que su encarcelamiento pudiera beneficiar de algún modo a la comunidad. Recurrimos a los derechos políticos no sólo cuando explicamos y justificamos derechos legales en argumentaciones del tipo de las que acabamos de mencionar, sino también cuando criticamos al gobierno por no reconocer los derechos legales que creemos que debería reconocer. Los norteamericanos que piensan que la discriminación positiva -la cual otorga a los miembros de las minorías una preferencia especial en los procesos de admisión en las universidades o en las empresas- es incorrecta, suelen invocar un derecho político para justificar su oposición a ella.”. DWORKIN, Ronald, “La democracia posible: Principios para un nuevo debate político”, Óp. cit., p. 49.

⁵²⁹ DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p.127.

penales y civiles, como el ejemplo del juez que sentencia con pena de muerte o el caso donde se falla una cuantiosa indemnización, y luego de fundamentar estas decisiones, el juez llega a la conclusión de que hay otras interpretaciones favorables a lo opuesto de su fundamentación y con una validez igualmente razonable a su posición. Por ello se debe tener una sinceridad crítica, en el sentido de buscar la verdad, más allá de la posición personal⁵³⁰.

Dworkin, también, analiza los diferentes géneros interpretativos, a saber: colaborativo, explicativo, conceptual, entre otros⁵³¹. Considera que la interpretación colaborativa es identificable en el derecho, pues se supone que el objeto de la interpretación tiene un autor o creador, donde su proyecto será llevado más adelante por su intérprete. En el caso de los jueces ellos apuntan a la justicia como meta, igual que los creadores de las normas, pero la subordinación será la meta general de la justicia.

Respecto del valor en la interpretación, permite ir más allá de lo que creemos o podemos creer, ya que la explicación del valor permite rescatar la verdad objetiva, como la explicación y justificación del valor que pretende ser el mejor sentido⁵³². Señala que la interpretación es holística, pues converge una red de posiciones, sin embargo, depende de la responsabilidad de cada uno pensar lo correcto. Un

⁵³⁰ Ibidem, p. 127.

⁵³¹ *“La interpretación explicativa presupone algo diferente: no que los intérpretes estén asociados con quienes han creado un objeto o acontecimiento, sino que un acontecimiento tiene alguna significación específica para la audiencia a la que el intérprete se dirige. Las interpretaciones históricas, sociológicas y psicodinámicas son de ordinario casos de interpretación explicativa. Un historiador que construye una teoría sobre el significado de la Revolución Francesa o el Holocausto no está asociado con los jacobinos o los nazis. Antes bien, trata de encontrar la significación de esas épocas y acontecimientos para aquellos a quienes se dirige. Otro supuesto diferente estructura la interpretación conceptual: que el intérprete busca el significado de un concepto, como justicia o verdad, que ha sido creado y recreado no por autores singulares sino por la comunidad que lo tiene como concepto, una comunidad que también incluye al intérprete como creador. Vale decir que en la interpretación conceptual la distinción entre creador e intérprete que caracteriza la interpretación colaborativa y explicativa desaparece, no porque un intérprete tenga la libertad de utilizar esos conceptos como quiera, sino porque su uso del concepto, en respuesta a lo que cree la interpretación correcta, modificará al menos de manera imperceptible el problema interpretativo que han de enfrentar futuros intérpretes. En este libro ya he señalado la interpretación conceptual, al explicar el concepto de un agente que tiene una razón.”* Ibidem, p. 137.

⁵³² Ibidem, pp. 150-151.

razonamiento interpretativo implica un ejercicio de responsabilidad moral, el cual se adecua y permite una verdad moral, donde la verdad es un concepto interpretativo, donde el individuo construye una teoría que justifica su posición, como la mejor y correcta.

3. Resumen y consideraciones

El derecho es un fenómeno social que está caracterizado en su práctica como argumentación. Su estudio puede abarcarse desde una perspectiva externa o una perspectiva interna. A Dworkin le interesará la visión interna, dado que ella implica determinar lo qué es derecho y su adjudicación. En este contexto de la interpretación, sus críticas se enfilarán hacia las teorías semánticas. Principalmente, reclamará sobre la negación de desacuerdos teóricos (fundamento) y empíricos (evidencia), con relación al concepto de derecho y las proposiciones jurídicas. A esta problemática la denominará *el aguijón semántico*, y reclamará lo insuficiente de una visión de proposiciones normativas como colecciones semánticas históricas.

Adicionalmente, denuncia que el iusrealismo y el iusnaturalismo caen en la trampa del aguijón, sólo que desprecian el aspecto descriptivo y se vuelcan al elemento evaluativo soportados en variables sociológicas o de contexto, o puntos de vista moral, a lo cual la salida es interpretación (descriptivo-evaluativo). Otro blanco de crítica de Dworkin es la interpretación como asociación al significado o la intención del hablante, donde las proposiciones jurídicas describen las decisiones de instituciones del pasado, pues para nada aprovecha, en el sentido de que la explicación de la verdad de las proposiciones en derecho. La salida a este problema está en ver la interpretación como una actividad general a modo de conocimiento, donde se examinan contextos de desenvolvimiento.

Asimismo, su concepción de interpretación se levanta a partir de la interpretación del arte y las prácticas sociales. Ambas persiguen interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas. A este punto lo llamaré interpretación creativa, el cual necesita de la categoría de la actitud interpretativa, cuya importancia reside en i) una supuesta práctica, que implica un valor en cuanto sentido, entendido como propósito o interés que hace que se cumpla esa práctica por un principio ; ii) el otro aspecto está en suponer que los requisitos de comportamiento y juicios de la práctica, no son considerados uniformemente, lo que siempre han sido, ya que dependen del principio o sentido para que las reglas se cumplan. La suma de esos presupuestos es la actitud interpretativa como obtención de significado en la perspectiva de la mejor versión

El papel de la comunidad personificada ayuda a la concepción del derecho como integridad, ya que se asemeja a como las personas se comprometen con sus convicciones, ideales o proyectos. A través del principio adjudicativo de integridad de la comunidad (acopia los principios de equidad, justicia y debido proceso), se plantea una entidad diferente e individual de los ciudadanos, bajo una responsabilidad grupal sometida principios objetivos, que se perfilan a hacia lo justo como parámetros de conducta de todos los funcionarios de las instituciones.

La metodología de la novela en cadena es tomada de la literatura y enfocada a hacer la mejor versión posible del nuevo capítulo judicial o precedente (respuesta correcta). Esto se da a partir de una sucesiva suma de eslabones, mediante una interpretación creativa, donde interactúa el propósito impuesto con el objeto interpretado, construyendo así la mejor versión posible de su género o especie. El ejercicio novelístico en el campo judicial une el presente con el pasado al observar las decisiones judiciales del pasado para efectos de dar vida a una construcción colectiva coherente, que persigue la justicia. Aquí, la conducta del juez está dada por los principios de moralidad política, para así no caer en la discrecionalidad o sus convicciones personales.

Este ejercicio como presupuesto para la respuesta correcta en derecho, tiene una técnica interpretativa, que es requerida por la práctica social en un ejercicio de argumentación que pueda construir la mejor justificación posible soportada en principios. La práctica social bajo interpretación es tamizada a través del trasegar en tres etapas a saber i) ontológica o preinterpretativa, donde se hallan las normas y el precedente, con respecto a la práctica social que se interpreta; una ii) hermenéutica o interpretativa, en la que se interpreta y justifica los elementos de la práctica identificada en la etapa anterior, pero observando que las reglas aplicadas al caso se soportan en un principio, que le da propósito en cuanto valor a las normas y el precedente; y la constructiva-práctica o posinterpretativa, la cual ajusta de mejor forma el sentido de la práctica del derecho y, da lugar al nuevo precedente como el mejor posible, con lo cual se justifica el sistema legal en su totalidad.

En el contexto de casos difíciles con colisión de principios, se identifica el peso de los principios en materia de disputa, para así, satisfacer la necesidad de aplicar un principio en la justificación, con lo cual se oriente la respuesta correcta, cuya inclinación está por destacar un principio sobre otro (balanceo de los principios). Estos principios son dinámicos y están preestablecidos, pero su peso se construye con la argumentación gobernada por la moral política, ya que no hay una jerarquía preestablecida

Para terminar, se debe resaltar que, en *Justicia para Erizos* se presentó una dimensión más genérica de la interpretación para Dworkin, que no es incoherente con lo formulado aquí, pues se trata de la responsabilidad deontológica a partir del compromiso de la posición interna y la lucha por introducir objetividad en el mundo jurídico, mediante un razonamiento interpretativo, que envuelve un ejercicio de responsabilidad moral, el cual da lugar a la verdad (concepto interpretativo), donde el individuo construye una teoría que justifica su posición como la mejor y correcta.

CAPÍTULO VIII. TEORÍA DE LA VERDAD OBJETIVA

1. Introducción

En esta parte nos ocuparemos de encontrar las razones para plantear una verdad objetiva, así como la problematización del planteamiento. De igual modo, se hará un análisis de los puntos comunes y posibles condiciones estructurantes de la categoría de verdad, respecto de la tesis de la respuesta correcta, con lo cual se llevará a cabo la valoración global de los hallazgos respecto del objeto de estudio.

En gracia del dilema de ¿cuáles son los elementos fuente que permiten la formulación de la tesis de la respuesta correcta? Tendremos un acercamiento a lo que se entiende por verdad objetiva en el desarrollo de toda la obra de Dworkin, pues esta perspectiva permite clarificar el propósito del autor con su tesis de la respuesta correcta. Finalmente, veremos la verdad objetiva, como un proceso constructivo de la mejor justificación, con una coherencia narrativa que halla el sentido de los principios, bajo una lectura moral de la constitución.

2. Verdad objetiva de Dworkin

2.1. Punto de Partida: críticas al escepticismo

Partiremos de la tesis de que, el ejercicio del derecho para Dworkin será hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la justificación de una posición en el marco de una valoración a través de la tradición y sentido de los principios e institución del derecho, de ahí que, la discrecionalidad este proscrita para él. Sin embargo, ¿Existe la verdad objetiva? Esta pregunta direccionará la lucha de Dworkin contra el escepticismo. Anotará la reducción relativista de la visión

posmoderna, la cual trata de expresar que todo son convicciones, guiadas por la ideología y las reglas del juego del lenguaje.

Este fenómeno del relativismo ataca la idea de objetividad en las diferentes facultades de Estados Unidos, arguyendo que, sólo es una representación de pactos o convenciones que inventamos. Esta posición escéptica viene en dos presentaciones, a saber: la general, que niega la existencia de toda forma de verdad objetiva y la limitada, la cual niega que las afirmaciones evaluativas puedan ser objetivas, pero acepta objetividad en las verdades descriptivas de las matemáticas.

A ambas las denominaré arquimédicas, pues buscan estar fuera de un conjunto de creencias y juzgar como un todo a partir de premisas o actitudes que no le adeudan nada. Agrega que éstas posiciones necesitan un punto de apoyo, es decir, asumen una posición, como un buen razonamiento, para así justificar su inclinación, lo cual implica manejar un grado de validez o soporte, pues sus formulaciones no están simplemente en el aire ⁵³³.

Así las cosas, podemos perfilar a nuestro autor, como antípoda del escepticismo, pues, con su argumentación, nos empuja al encuentro con una verdad objetiva. Es claro su reclamo con relación a la especificación de la toma de una posición interna, al negar que cualquier argumentación para desechar la objetividad esté por fuera de un sistema de creencias y, en consecuencia, juzgue sin acudir a un punto de apoyo o arquimédico. Quien argumenta a favor del escepticismo debe asumir que, algo de lo que proponen no solamente es una simple invención cultural, sino que pretende ser objetivo en un sentido básico, ya que generalmente su posición buscará ser válida o ser acogida, pues de no ser así, todo lo que se expresa es subjetivo y relativo.

⁵³³ DWORKIN, Ronald. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It.", *Philosophy & Public Affairs*, 1996, vol. 25, No. 2, pp. 87-88.

Hemos visto que el escepticismo, en su sentido extremo se construye desde alguna creencia, pues como ya lo ha expresado Dworkin no se puede estar fuera de todo y construir un punto de vista en el aire. Sin embargo, enfilará sus esfuerzos para contrarrestar a los escépticos arquimédicos selectivos, cuya caracterización se hace patente en la afirmación de que no existe verdad objetiva en el terreno de las premisas evaluativas (moral, ético o estético), pero sí desde premisas que dan cuenta de la clase de propiedades que existen en el universo, como descripción.

Estos escépticos selectivos o subjetivistas, quienes argumentan objetividad únicamente desde teorías no evaluativas, han sido la versión más plausible en el contexto académico, pero, también, la más peligrosa según Dworkin. Nuestro autor soportará su análisis crítico en los arquimédico selectivos, pero en los dominios blandos de la moralidad y el arte, más no en la verdad de dominios duros como la matemática o la física. Este tipo de escepticismo según Dworkin está mal planteado, dado que el planteamiento de que las proposiciones evaluativas no son ni verdaderas o falsas implica que se haga en cualquiera de los sentidos una afirmación evaluativa, más que descriptivo, lo cual deja en evidencia un planteamiento que asume un punto de vista interno⁵³⁴.

Para ilustrar lo anterior, pone sobre la mesa ejemplos, como la tesis que niega una respuesta correcta, respecto de si el aborto es perverso o no. Aquí concluye Dworkin que al ser una afirmación moral sustantiva debe ser evaluada y juzgada como cualquier afirmación moral sustantiva. Asimismo, la tesis de que no hay respuesta correcta, con relación a cómo se debe entender una cláusula constitucional, resulta ser una tesis legal, que debe, también, ser evaluada y juzgada como otras tesis legales o la afirmación de que si Picasso, o Braque, fue el mayor artista creativo es una afirmación artística o estética, que implica una proposición evaluativa interna⁵³⁵.

⁵³⁴ Ibidem, pp. 88-89.

⁵³⁵ Ver Ibidem, pp. 89

Visto lo anterior, proposiciones de ese tipo no puede pretender ser ilimitada, más en lo relacionado con lo axiológico no se puede simplemente ser escéptico, dado que las afirmaciones de moral sustantiva siempre implicarán tomar una posición interna, de manera que, no podemos simplemente dudar de todo y, por ello, proscribir la posibilidad objetividad. Todos poseemos una dimensión de evaluación moral, lo que es discutible es su estatus.

2.2. La visión interna y externa

En este punto, resulta importante contrastar la visión interna y externa del escepticismo que Dworkin crítica. El escéptico interno, es analizado por el autor a través del escepticismo moral, y para ello asumirá que todos los tipos de escépticos aceptan que el lenguaje compartido y la experiencia común implica evaluaciones, las cuales dan lugar a que se asuma una faceta moral particular, donde se discute su estatus. Aquí está designación responde a la crítica que se genera dentro de la práctica del derecho, así como las críticas a la posibilidad de verdad en el derecho y la moral.

Refiriéndose a los predicados morales, anota que pueden ser abstracto, cuando binariamente o no se refieren a lo bueno o malo, justo e injusto, obligatorio o prohibido. Asimismo, identifica unos predicados menos abstractos, pero gruesos, cuando se hace referencia a vicios o virtudes.

Con relación a los juicios morales positivos, estos involucran asignar un acto, o persona, o acontecimiento, como, por ejemplo, la igualdad es buena y el aborto perverso. Un arquetipo de este planteamiento puede ser la proposición utilitarista relacionada con fundamentar la moral en la maximización de la felicidad humana por encima de la individualidad, con lo cual se está afirmando que la felicidad de la

humanidad es un bien bueno. Asimismo, en contraposición tenemos la afirmación de que cada ser humano tiene un valor inherente e independiente a la colectividad.

También estos juicios de adscripción o correspondencia del juicio moral (asignación) pueden llegar a ser condicionales, como cuando él indica que la igualdad es moralmente deseable en tanto no conduzca a la indolencia. Existen, además, los juicios morales de orden contrafactual, los cuales incluyen adscripciones contrafactuales que presuponen una caracterización moral, sin embargo, estos no están dados, como, por ejemplo, que el aborto es perverso, así nadie piense que lo es, o que, dado que no existe Dios, la moralidad es palabrería⁵³⁶.

Estas afirmaciones morales implican una evaluación moral, es decir, son materia de interpretación los juicios morales positivos, los cuales asignan una valoración a personas, actos o acontecimientos. Por otro lado, el escepticismo interno anula toda afirmación positiva, sin embargo, en su negación viaja una afirmación moral positiva, probablemente, más abstracta o general, con una forma contrafactual o teórica.

En este punto es importante traer a colación a Thomas Nagel, quien desde 1987 fuera compañero docente de Dworkin. Nagel refiriéndose a Dworkin expone que la insistencia por dar respuesta al escepticismo, relativismo y subjetivismo, en materia de moralidad, se trata de hacer frente a los argumentos *first order*, en el sentido de que las posturas de los escépticos son en sí mismas pretensiones morales ininteligibles como cualquier otra cosa. Sin embargo, él es más conservador que

⁵³⁶ Ver *Ibidem*, p. 90.

Dworkin en este sentido⁵³⁷, lo cual no le descarta creer que la respuesta a esas posiciones debe originarse dentro de la moralidad y no a nivel metaético⁵³⁸.

El ejemplo que presentará está dado cuando los escépticos internos, respecto de la moralidad sexual convencional, niegan que los actos sexuales sean inherentemente buenos o malos, correctos o incorrectos. Su argumento para dicha calificación es que el sufrimiento es lo inherente malo, de manera que los actos heterosexuales o homosexuales no dan lugar a sufrimiento. Otro ejemplo que presenta el autor, lo tenemos en el campo de la moralidad política internacional, cuando las personas expresan que la política de comercio de una nación pueda correcta o equivocada. Una opinión de un lado o del otro será, de acuerdo con Dworkin, una opinión que, aunque, probablemente, acreditada o no, un juicio moral positivo⁵³⁹.

Visto lo anterior, las afirmaciones de escepticismo interno que descalifican la objetividad implican siempre un juicio valorativo, ya sea contrafactual, teórico, condicional o de adscripción positiva general. La posición del escéptico interno es una postura sustantiva, en el sentido de que tiene implicaciones directas para la acción, porque toma partido en la controversia. Por ello, no se puede con consistencia criticar o censurar opiniones diferentes, pues al tomar postura sobre base morales, toma la contextura de lo que crítica y niega. Hasta aquí se puede

⁵³⁷ “Estos dos puntos de vista realistas, propios a dos regiones diferentes de la filosofía, tienen mucho en común y me han conducido a la conclusión general de que la última palabra en disputas filosóficas acerca de la objetividad de cualquier forma de pensamiento debe residir en ciertas convicciones no relativizables acerca de cómo son las cosas, convicciones que perduran, por mucho que intentemos colocarnos fuera de ellas, o considerarlas meramente como propensiones psicológicas” NAGEL, Thomas, “La última palabra”, 1 ed, Barcelona: Editorial Gedisa, S. A, 2000, pp. 11-12.

⁵³⁸ “La situación aquí es como la que se da en cualquier otro ámbito básico. Los pensamientos de primer nivel sobre su contenido -los pensamientos expresados en el lenguaje objeto resurgen como el factor decisivo en respuesta a los pensamientos de segundo nivel acerca de su carácter psicológico. Miran hacia atrás al observador, por así decirlo. Y esos pensamientos de primer nivel aspiran a ser válidos sin condicionamientos, por más pluralismo o aún relativismo que pueda aparecer como parte de sus contenidos (objetivos). Es en ese sentido que la ética es una de las provincias de la razón, si es que lo es. Es por eso que sólo podemos defender la razón moral abandonando la metateoría a favor de la ética sustantiva. Sólo el peso intrínseco de la reflexión moral del primer nivel puede contrarrestar las dudas del subjetivismo. (Y cuanto menor su peso, más plausible se vuelve el subjetivismo.)”. Ibidem, p. 137.

⁵³⁹ DWORIKIN, Ronald. “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It.”, Óp. cit., pp. 90-91.

concluir que escepticismo interno implica juicios morales positivos y estos tienen implicaciones directas sobre la acción.

Por su lado, el escepticismo externo, no se soporta en juicios morales positivos de carácter general, teórico o contrafactual, puesto que quiere dar una imagen de neutral, ya que se presenta sin postura, es decir, no se inclina por una posición en el contexto de las controversias morales sustantivas. Su escepticismo se enfila en opiniones de segundo orden sobre las convicciones morales (no las convicciones morales sustantivas en sí), como, por ejemplo, cuando un escéptico externo está de acuerdo con la mayoría de la gente en que el genocidio y la esclavitud está mal, como el caso de Bosnia. Sin embargo, no acepta que el mal esté afuera como un atributo real de las acciones, pues estos acontecimientos, para ellos, no son correctos o incorrectos, buenos o malos en sí, lo que ocurre es que nosotros le proyectamos una cualidad moral⁵⁴⁰. Dworkin dirá que este tipo de escéptico es un cómodo relativista y ecuménico, cuya aproximación a las convicciones pretende ser nula, con lo cual tienen un acercamiento a una visión nominal de las convicciones, es decir, no toma posición al respecto, pues creen no apoyarse en argumentos morales, porque no hay una realidad moral, lo cual los hace, en teoría, neutrales⁵⁴¹. Este escepticismo lo plantea a partir de las críticas generales a la respuesta correcta, en términos de soporte y legitimidad de la práctica del derecho, pues considera que sus argumentos son metafísicos o morales, pero pretenden ser neutrales.

En este sentido, podemos rescatar que los dos elementos de los escépticos externos son la neutralidad y austeridad, con lo cual pretenden evitar que se le

⁵⁴⁰ Pensamos también que esas opiniones son verdaderas, pudiéramos tener la suficiente confianza, al menos en este caso, como para decir que sabemos que son verdaderas, y que la gente que discrepa de ellas está cometiendo una grave equivocación. Pensamos, además, que nuestras opiniones no son sólo reacciones subjetivas frente a la idea de genocidio, sino opiniones acerca de su carácter moral de hecho. Pensamos, en otras palabras, que es algo objetivo -cuestión de cómo son las cosas realmente- que el genocidio esté mal. No podemos creer que no haya nada moralmente objetable en el terrorismo o el genocidio o la discriminación racial o la clitoridectomía.

⁵⁴¹ Ver *Ibidem*, p. 93

asigne una postura moral positiva, pues sí aceptan este presupuesto se generaría una contradicción interna por la negativa global de las convicciones morales y la realidad moral.

Este tipo de escepticismo basará sus argumentos en generalidades teóricas o contrafactuals para considerarse neutral de la toma posición en las controversias sustanciales de orden moral. Según esta propuesta, en una controversia como la del aborto, tanto quienes lo prohíben, como quienes lo promueven, estarían en un error, pues no consideran que las prácticas estén realmente mal o la maldad este en la realidad o allá afuera, más bien que está adentro en las propias personas y esa cualidad es la que se proyecta, por lo tanto, los acontecimientos no son correctos o incorrectos, buenos o malos en sí mismos.

2.3. Neutralidad en el escepticismo

¿De qué trata la neutralidad? En el caso de aborto por anormalidad fetal, una facción puede estar de acuerdo con la prohibición del aborto bajo este presupuesto, y otra obligar a practicarlo si se da el presupuesto u otra puede proponer una tercera vía, donde se permita, pero no sea obligatorio. Esta última perspectiva puede ser neutral entre los opuestos, no obstante, la alternativa no lo será respecto de la discusión en sí. Probablemente, la tercera postura considerará errados los opuestos, sobre la base de que tiene injerencia directa para la acción, dado que la decisión al respecto del aborto se apoya en convicciones morales.

Pero, ¿qué pasaría si se sumara una cuarta postura que negara las tres anteriores, arguyendo que los juicios morales no pueden ser verdaderos o falsos, dado que no hay elementos morales, porque se usa el argumento arquimédico (neutral y austero)? Dworkin dirá que esta visión tampoco es neutral, ya que es doblemente equivoco, si se obliga a oponerse al aborto con apoyos morales, puesto que tiene

las mismas implicaciones para la acción que la tercera visión, así sea representada con un lenguaje ambiguo, lo cual no significa neutralidad⁵⁴².

Con lo inmediatamente anterior, el autor busca evidenciar que no hay neutralidad detrás de los argumentos del escepticismo arquimédico, pues lo que hacen en verdad es señalar el espacio lógico entre los juicios de obligación y prohibición, condicionado su proposición bajo el rotulo de que no es ni verdadera ni falsa, lo cual es para Dworkin diferente a expresar que es falsa la postura, por ello se necesita argumentos más fuertes que ese. Para ahondar en su crítica toma como blanco de ataque a Richard Rorty, para lo cual exhibe un pasaje del autor, cuya presentación de la realidad se caracteriza porque las cosas están allí antes de que se hablan de ellas, de manera que la realidad es una cosa, y los juegos del lenguaje son un efecto práctico de lo que los seres humanos internamente hacen al describir⁵⁴³.

Para Dworkin tanto la postura de Rorty, como la neutralidad arquimédica son presupuestos derrotables, incluso en el arquimedismo selectivo. Para apoyar su punto, presenta como ejemplo el aborto; nos pide que partamos de la proposición "el aborto es incorrecto", la cual señala a través del lente de un escéptico arquimédico como una proposición interna de moralidad (positiva y de primer orden).

Asimismo, supone agregar una serie de proposiciones externas – entendidas así por los arquimédicos⁵⁴⁴. Así las cosas, sostiene que su afirmación sobre el aborto

⁵⁴² Ver *Ibidem*, pp. 94-95.

⁵⁴³ Dworkin fórmula dos niveles del discurso de Rorty. De un lado el ordinario, donde todos vivimos. En este nivel las montañas existen y existían antes e independiente de la gente, de manera que la montaña hace parte del juego del lenguaje. En el segundo nivel, se plantea la no existencia de la montaña, sino la realidad que contiene las montañas, aquí como pragmatista, Rorty asegura que la realidad no contiene las montañas, pues las montañas existen sólo en virtud del significado que el juego del lenguaje del primer nivel le asigna. Pero, de acuerdo con Dworkin, si se le asigna algún sentido nuevo o especial a la "montaña", como, por ejemplo, las montañas son un rasgo desde la lógica necesario del universo, el argumento pierde toda su fuerza crítica y filosófica. Su posición resulta interesante sólo si contradice algo que alguien cree, algo que tiene influencia, si no en la vida habitual al menos en la filosofía académica. Ver *Ibidem*, pp. 94-95.

⁵⁴⁴ Dworkin considera que, esas proposiciones pretenden ser neutrales externas, pero en verdad son internas la mayoría de las veces.

no está cargada sólo de emocionalidad o es una manifestación de sus propias actitudes o las de alguien más, sino que sus opiniones son verdaderas, ya que describen lo que la moralidad realmente exige, totalmente aparte de los impulsos y las emociones de cualquiera, porque son reales y objetivamente verdaderas⁵⁴⁵. Añade que si nadie piensa en ese sentido que son verdad, incluso si él no las concibiera verdad, éstas lo son, dado que son universales y absolutas. Luego de lo planteado, a partir de la racionalidad de los arquimédicos denomina a todos enunciados adicionales, como proposiciones externas⁵⁴⁶.

De acuerdo con Dworkin tanto las proposiciones principales como las adicionales están comprometidas moralmente, de manera que es cuestionable la neutralidad del escéptico. Una afirmación moral con la contextura interna ya sea negativa, como

⁵⁴⁵ *"De manera que cuando digo que la maldad del aborto es objetiva, o que el aborto es objetiva o realmente malo, sería natural entenderme explicando que no considero mis visiones sobre el aborto de esa manera. Yo estaría enfatizando que, de acuerdo con mi visión, la deliberada destrucción de la vida humana en cualquier etapa no es permisible por razones que, en modo alguno, dependen de mis reacciones o gustos personales, o de las de cualquier otro. La afirmación de que el aborto es objetivamente malo parece equivalente, esto es en el discurso habitual, a otra de las afirmaciones adicionales que hice: que el aborto aún sería un error incluso si nadie pensara que lo fuera. Que, leído de modo más natural, es sólo otro modo de enfatizar el contenido de la afirmación moral original, de enfatizar, una vez más, que quiero decir que el aborto es totalmente, malo, no sólo malo porque la gente piense que lo sea. Considérese, a continuación, la afirmación ulterior de que sé que el aborto es malo. Mi audiencia pudiera naturalmente entender que estoy pretendiendo, de ese modo, que tengo razones obligatorias para creer que el aborto está mal, razones que, no tengo duda, justifican esa conclusión. Esa afirmación ulterior, así leída, es evidentemente una proposición interna insiste en que el hecho de que el aborto implique el asesinato deliberado de un ser humano inocente es una razón indesafiante, obviamente obligatoria, para condenarlo. La afirmación ulterior de que el aborto es universalmente malo puede también ser entendida como sólo una clarificación de mi afirmación moral original. Clarifica su alcance haciendo comprensible que en mi visión el aborto es un error para cada uno, sin importar qué circunstancia o cultura o qué disposición o a partir de qué fondo ético o religioso. Esto es diferente de decir simplemente que el aborto es malo, o simplemente que es objetivamente un error. Es posible que yo pueda pensar que la maldad del aborto es objetiva, porque depende de rasgos del aborto mismo y no de las reacciones de la gente frente a él y, con todo, que la maldad del aborto no es universal porque no es un error en ciertas clases de comunidades - aquellas cuya vida religiosa respalda una concepción enteramente diferente de lo sagrado de la vida humana, tal vez. Cuando alguien dice que la maldad del aborto es universal tanto como es objetiva, es natural entenderlo descartando excepciones de este tipo. ¿Y qué decir de la afirmación de que la maldad del aborto es absoluta? Se puede entender más naturalmente significando no sólo que el aborto es siempre un error en principio, sino que su maldad nunca es anulada por consideraciones que compiten: que nunca es verdadero, por ejemplo; que el aborto es el menor de dos males, incluso cuando está amenazada la vida de la madre. ¿Y qué decir de la afirmación barroca que agregué al comienzo, acerca de "hechos" morales estando "fuera" en un flujo "independiente"? No son cosas que la gente de hecho diga; son invenciones de filósofos arquimédicos por razones que consideraremos más tarde. Pero podemos hallarle sentido suficiente en tanto cosas que la gente pudiera decir, entendiéndolas como modos inflados, metafóricos, de repetir lo que algunas de las primeras afirmaciones adicionales dicen más directamente: que la maldad del aborto no depende de que cualquiera lo piense así, por ejemplo."* DWORKIN, Ronald. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It.", *Óp. cit.*, pp. 98-99.

⁵⁴⁶ Ver *Ibidem*, p. 97.

que el aborto es malo, o cualquier otra adición que implique una afirmación interna son compromisos morales que dejan un notable cuestionamiento sobre la neutralidad. Asimismo, si la proposición principal es moral de primer orden, ¿cómo es posible que las demás adiciones o proposiciones externas sean neutrales?

Concluye el autor que la neutralidad arquimédica es una ilusión, ya que todo intento de persuasión para reasignar una perspectiva nominal de la moralidad, implica hacerlo a través de moralidad. Las proposiciones que complementan la proposición inicial de que el aborto está equivocado moralmente, son morales internas, por lo tanto, no es neutral el escepticismo arquimédico⁵⁴⁷. Igualmente, si el escéptico aceptará la afirmación que el aborto es real y objetivamente incorrecto, pero negará el presupuesto de independencia, relacionado con que puede existir gente que no lo piense así, confirmaría un consentimiento moral del aborto en sociedades en las que se le aprueba. Por otro lado, Dworkin señala que los escépticos de este tipo pretenden rescatar la neutralidad cobijando sus proposiciones adicionales o de segundo orden como afirmaciones filosóficas metaéticas⁵⁴⁸ de los juicios de valor.

2.4. Las lecturas de los escépticos externos

Las lecturas de los escépticos externos, respecto de las afirmaciones adicionales, principalmente, se apoyan en dos tesis fuertes, a saber: la que insiste en que las propiedades morales de las afirmaciones son propiedades primarias, y de otro lado la tesis de la correspondencia causal directa entre el hecho moral y la creencia moral⁵⁴⁹. No obstante, Dworkin considera que existe una tesis más, donde las

⁵⁴⁷ “Debiéramos notar también, finalmente, que incluso si fuera sensato atribuir la tesis del campo-moral a las afirmaciones adicionales, ello no las convertiría en proposiciones-E neutrales, puesto que entonces deberíamos tener que entenderlas respaldando la visión de que la maldad moral del genocidio consiste en el campo que rodea sus instancias, y esa visión es ella misma una afirmación moral sustantiva (prepóstera).” DWORKIN, Ronald. “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It.”, *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁴⁸ Esta disciplina pretende decir lo que significa algo moralmente a nivel filosófico, pero sin canon normativo, siendo neutral, porque es un análisis del lenguaje moral, que aporta argumentos analíticamente.

⁵⁴⁹ “Así, no podemos interpretar a alguien que dice que sus opiniones morales representan o corresponden a la verdad pretendiendo nada más fuerte que lo que Wright pudiera pretender sobre sus propias opiniones

afirmaciones adicionales son externas, dado que contienen afirmaciones escondidas sobre la mejor explicación del desacuerdo moral y del error⁵⁵⁰.

La formación de la visión lectora arquimédica, de acuerdo con Dworkin, no consigue la neutralidad, por el contrario, tiende a lo absurdo, ya que sus afirmaciones siguen en los dominios de la moral. Adicionalmente, las metáforas que emplean para apoyar sus posiciones no explican el porqué de la negación de que la moral sea parte del universo que está afuera. Mackie (escéptico arquimédico) al igual que nuestro autor, consideran que la visión factual está en el terreno de la moralidad ordinaria, la cual no es neutral. Mackie, por su lado, insiste en que el hecho de que la gente tenga tantos desacuerdos sobre la moral, entre épocas, incluso respecto de culturas particulares (argumento diverso), pone en la palestra a la visión factual, como una equivocación, del mismo modo que ninguna afirmación moral es verdadera⁵⁵¹.

Con relación a este último aspecto Dworkin discrepa, ya que una cosa es negar la moralidad y otra diferente es que se tenga posiciones morales reexaminables, que se puedan cambiar, luego de una reflexión. Asimismo, en los términos del autor cuando se desecha una determinada convicción para asumir otra convicción, se debe hacer bajo un apropiado ejercicio de pensamiento, con el cual se permita hallar una posición que uno mismo pueda creer sinceramente (asumiendo una posición interna), es decir, creer con firmeza lo que asume, porque está comprometido con dicha posición.

filosóficas. No puedo imaginar cada lectura-Externa de las afirmaciones adicionales que un arquimédico pudiera sugerir. Pero aquellas que he discutido muestran, pienso, cuán difícil es resistir a la lectura natural, y por eso cuán difícil es sostener una neutralidad arquimédica qui; dependa del rechazo de esa lectura natural. Cualquier intento de construir una lectura arquimédica diferente significa, tarde o temprano, atribuir a las personas reflexivas algo tan absurdo como la tesis del campo-moral.” DWORKIN, Ronald. “Objectivity and Truth: You'd Better Believe It.”, Óp. cit., p. 108

⁵⁵⁰ Ibidem, p.106.

⁵⁵¹ Ibidem, pp. 106-108.

2.5. Postura de la primera persona

Para problematizar la indeterminación, Dworkin se cuestiona por medio de un dilema artístico, donde la pregunta es ¿quién entre Picasso y Beethoven fue más grande?, responde que su posición se basará en la identificación de los estándares del carácter del logro o la evaluación, de manera que él creerá que el logro artístico sólo puede ser medido como una respuesta a la situación y la tradición artísticas, y que sólo pueden hacerse discriminaciones respecto de la magnitud a través de tales tradiciones y géneros⁵⁵².

Sin embargo, el cómo y a través de qué argumentos llegamos a sostener una posición es el carácter principal de su exposición sobre la verdad objetiva. Este análisis artístico es aplicable al campo de la moral, pues se hace valoraciones y reflexiones similares, las cuales deben conducir a la mejor respuesta, lo cual implica tomar una posición interna en primera persona, donde quién argumenta asume y se responsabiliza de su postura⁵⁵³.

Este aspecto de la postura en primera persona nos evoca el dilema planteado por Kant, relacionado con la consideración de un mundo en que la mentira sea una ley universal, la cual sería autodestructiva, para ilustrar se refiere el siguiente aparte de la fundamentación de la metafísica de las costumbres:

“Sea, por ejemplo, la pregunta: ¿no puedo lícitamente, cuando estoy en un aprieto, hacer una promesa con el propósito de no cumplirla? Fácilmente distingo aquí el significado de las preguntas de si es prudente, o de si es conforme al deber, hacer una promesa falsa. Lo primero puede sin duda

⁵⁵² Ver *Ibíd.*, p. 133.

⁵⁵³ *En este sentido su colega el filósofo Thomas Nagel refiere lo siguiente: “ Tanto la existencia como la no existencia de la razón presentan problemas de inteligibilidad. Para ser racionales tenemos que ser responsables de nuestros pensamientos y negar que ellos sean simplemente expresiones de nuestro punto de vista. La dificultad reside en formar una concepción de nosotros mismos que le dé sentido a esta exigencia”. NAGEL, Thomas, “La última palabra”, *Op. cit.*, p. 22.*

darse frecuentemente. Ciertamente, bien veo que no es bastante librarme por medio de este efugio de un apuro presente, sino que hay que reflexionar bien si de esa mentira no podría surgirme más tarde un inconveniente mucho más grande que aquellos de los que me libro ahora, y, como a pesar de toda mi pretendida astucia las consecuencias no son tan fáciles de prever que no se pudiese volver mucho más perjudicial para mí la confianza perdida que todo el daño que pretendo ahora evitar, si no sería obrar más prudentemente proceder aquí según una máxima universal y adquirir la costumbre de no prometer nada a no ser con el propósito de cumplirlo. Sólo que pronto se me hace aquí evidente que una máxima semejante tiene siempre como fundamento sólo las consecuencias preocupantes⁵⁵⁴.

Pero ¿por qué es importante Kant aquí?, la respuesta está en el punto que Dworkin resaltó, con relación a tomar en serio nuestros argumentos, cuando plantamos cara con una postura (primera persona), pues ello implica la responsabilidad de asumirla. En este sentido, la prudencia en el juicio y el juego de la razón práctica, respecto problemas morales de difícil solución, exigen más que suponer o relativizar las afirmaciones morales con el fin de parecer neutrales a la vez que se niega la posibilidad de verdades objetivas, pues con esto se hace patente que aquel que niega la objetividad, pretende que su afirmación sea verdadera.

Así las cosas, nos queda preguntamos ¿quisiéramos que nuestras posturas fueran universales? ¿nos comprometeríamos en querer un mundo mejor? o por lo menos hacer de nuestro argumento la mejor presentación posible, pues quien quisiera, por ejemplo, vivir en un mundo, donde el genocidio es una ley universal⁵⁵⁵. El mundo de

⁵⁵⁴ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de José Mardomingo, 1 ed. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1996, pp. 136-137.

⁵⁵⁵ *“Ahora bien, es desde luego algo enteramente distinto ser veraz por deber que serlo por temor a las consecuencias perjudiciales: en el primer caso el concepto de la acción ya contiene en sí mismo una ley para mí, y en el segundo tengo antes que nada que mirar alrededor de mí hacia otros lugares qué efectos para mí podrían quizá estar enlazados con ella. Pues si me aparto del principio del deber, eso es con entera seguridad malo, mientras que, si hago traición a mi máxima de la prudencia, ello puede sin embargo ser alguna vez muy ventajoso para mí, si bien es desde luego más seguro permanecer en ella. En cambio, para instruirme de la*

moral al igual que el derecho son hechos ontológicos⁵⁵⁶, cuya interdependencia con la política y existencia son reales. Además, como categorías abstractas tienen una condición a priori trascendente y subjetiva⁵⁵⁷, que a través de la responsabilidad en la interpretación implica hacer la mejor versión posible, guiado por principios de dignidad que honran la idea de la libertad e igualdad.

La responsabilidad moral de lo que se interpreta, en primera persona está comprometido por un juicio de valor, a diferencia de cuando se habla en tercera persona, lo cual es una mera descripción. Con esta distinción Dworkin nos pone en evidencia que la tortura de un niño, un hombre o una mujer por diversión es reprochable independiente del intérprete, pues es malo en sí mismo.

Por ello al pensar kantianamente, es decir, en primera persona se argumenta moralmente a partir de lo que yo quisiera querer de eso, con lo cual se compromete una postura que, en el desarrollo de las etapas de la interpretación de Dworkin, le obliga a acudir a principios, al igual que Kant con la puesta en escena del imperativo

manera más breve, y sin embargo no engañosa, en lo que respecta a la respuesta de este problema de si una promesa mentirosa es conforme al deber, me pregunto a mí mismo: ¿estaría quizá satisfecho si mi máxima (librarme de apuros por medio de una promesa insincera) valiese como ley universal (tanto para mí como para otros), y podría quizá decirme: que todo el mundo haga una promesa insincera si se encuentra en un apuro del que no se puede librar de otro modo? Y bien pronto me percató de que ciertamente puedo querer la mentira, pero de ninguna manera una ley universal de mentir, pues según una ley semejante no habría propiamente promesa alguna, porque sería vano simular mi voluntad en lo que respecta a mis acciones futuras a otros que sin embargo no creen esa simulación, o, si precipitadamente lo hiciesen, me pagarían con la misma moneda, y por tanto mi máxima, tan pronto como se hiciese de ella una ley universal, tiene que destruirse a sí misma. Qué tengo que hacer para que mi querer sea moralmente bueno: para eso no necesito, así pues, agudeza alguna que vaya muy lejos. Inexperto en lo que respecta al curso del mundo, incapaz de estar preparado para todos los sucesos que ocurren en el mismo, me pregunto solamente: ¿puedes querer también que tu máxima se convierta en una ley universal? Si no, es una máxima reprobable, y ello, ciertamente, no por mor de algún perjuicio para ti o para otros que se pueda esperar de ella, sino porque no puede haber como principio en una posible legislación universal; la razón, sin embargo, me fuerza a un respeto inmediato por esa legislación, del cual, ciertamente, no comprendo aún en qué se funda (que esto lo investigue el filósofo), pero al menos llego a entender, sin embargo, que es una estimación de aquel valor que supera en mucho a todo valor alabado por la inclinación, y que la necesidad de mis acciones por respeto puro por la ley práctica es lo que constituye el deber, ante el cual tiene que ceder cualquier otro motivo, porque es la condición de una voluntad buena en sí, cuyo valor supera a todo.” Ibidem, p. 137.

⁵⁵⁶ “El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser. ¿Entonces por qué a veces abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teórico sobre el derecho? Porque cuando parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser. Su desacuerdo es sobre cuestiones de moralidad y fidelidad y no sobre derecho.” DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Op. cit., p. 15

⁵⁵⁷ Ver Ibidem, pp. 242-243.

categorico se soporta por principios, cuya noción de responsabilidad sobre la base de la razón y el presupuesto de la libertad permite la construcción de presupuestos nomárquicos⁵⁵⁸. Por ejemplo, en el caso de un juez es responsabilidad moral tratar de soportarse y modular los principios para hallar respuestas correctas.

2.6. Principio de Hume

En este punto cabe la reflexión sobre el principio de Hume, el cual es una interpretación de Dworkin de la afirmación de Hume relacionada con que ningún descubrimiento sobre el curso de la historia o la naturaleza última de la materia o la verdad sobre la naturaleza humana del deber ser de estos, puede operar sin acudir a una premisa o supuesto adicional acerca del deber ser⁵⁵⁹.

Para Dworkin dicho planteamiento, relacionado con la imposibilidad de acceder a la verdad de las convicciones de la filosofía moral por carencia de acceso a medios para esta tarea, resulta ser un arma de doble filo para el escéptico, dado que, siendo cierto esto ningún descubrimiento puede ser verdad por estar en las redes de un juicio de valor, es decir una cadena debe ser. Asimismo, ese planteamiento, también, nos arroja a pensar que, la verdad en la filosofía moral implica estándares de investigación y justificación independientes y propios de su rama o sistema diferentes a la ciencia o la metafísica, donde de su parte, es blanco de ataque la

⁵⁵⁸ KANT, Immanuel, “*Sobre la paz perpetua*”, traducción de Joaquín Abellán, 6 ed, Madrid: Tecnos, 1998, p. 45.

⁵⁵⁹ “No puedo menos de añadir a estos razonamientos una observación que puede quizá ser estimada de alguna importancia. En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado he notado siempre que el autor procede durante algún tiempo según el modo corriente de razonar, y establece la existencia de Dios o hace observaciones concernientes a los asuntos humanos, y de repente me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones es no es encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran consecuencia, pues como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: como esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ella, ya que los autores no usan comúnmente de esta precaución, debo aventurarme a recomendarla a los lectores, y estoy persuadido de que esta pequeña atención acabará con todos los sistemas corrientes de inmoralidad y nos permitirá ver que la distinción de vicio y virtud no se funda meramente en las relaciones de los objetos ni se percibe por la razón.” HUME, DAVID, “*Tratado de la naturaleza humana*”, 1 ed , Argentina: Editorial El Cid Editor S.A., 2018, pp. 787-788.

filosofía moral a partir de una posición moral o argumentos morales⁵⁶⁰. Así las cosas, este principio, para Dworkin lo que sostiene cualquier argumento que respalde o mine una aseveración moral, incluye afirmaciones morales adicionales⁵⁶¹.

2.7. La responsabilidad moral y objetividad en las decisiones judiciales

La responsabilidad moral de parte de los jueces involucra perseguir la seguridad jurídica y la justicia, bajo una la igual consideración en el proceso, con lo cual las decisiones deben ser consistentes y contemplar la corrección normativa como una racionalidad que resalte la mejor versión entre diferentes puntos de vista, pero guiada por la justicia, cuya teorización necesita de una teoría de la objetividad moral para sentar la verdad⁵⁶².

La objetividad de la respuesta correcta, como valor de verdad dependerá del cómo se llega a esta posición o elección (correcta) y de los elementos que se usan para construir esa respuesta, que en el caso de Dworkin se erige sobre una actitud o concepción moral⁵⁶³. En los casos difíciles, donde no hay una norma específica aplicable al caso, se nos ilustra respecto de la indeterminación de la ley como una posición moral sustantiva y, por lo tanto, como un caso de escepticismo interno,

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald, "Justicia para erizos", Óp. cit., pp. 28, 53,102.

⁵⁶¹ "El principio de Hume sostiene que esos atributos morales no pueden deducirse directamente de la omnipotencia y la omnisciencia de un dios: no podemos derivar un "debe" de un "es". Podemos sensatamente declarar que un dios es bueno y que sus mandatos deben obedecerse solo si aceptamos alguna premisa antecedente adicional sobre el valor en la cual nos apoyamos. Tal vez supongamos que un dios creó el universo y también a nosotros mismos. Tal vez supongamos que emitió mandatos como los de los diez mandamientos. Pero de esos meros hechos no podemos inferir que tenemos alguna razón moral para obedecer esos mandatos o que estos llevarán a un estado de cosas moralmente bueno o, en rigor, deseable en otros aspectos. Necesitamos una premisa adicional para extraer del poder y el conocimiento de Dios su autoridad moral. Consideremos la analogía con los gobiernos. Los gobernantes terrenales solo son legítimos si cumplen con ciertos principios procedimentales y sustantivos de legitimidad. Esa exigencia filosófica es válida tanto para la autoridad divina como para la autoridad mundana." Ibidem, p. 327.

⁵⁶² Ibidem, p. 20.

⁵⁶³ Ver DWORKIN, Ronald, "Filosofía del derecho", Óp. cit., p. 60.

pues tiene una valoración moral e implicaciones directas sobre la acción (la decisión judicial)⁵⁶⁴.

Se debe anotar que en el contexto de la decisión judicial, hay unos elementos que se relacionan con el propósito (concepción de justicia) y un requerimiento de acción, (dentro del sistema judicial la competencia y las funciones del juez), los cuales nos ponen el escenario problemático que forzosamente, donde el operador jurídico debe decidir, tal vez en el entendido de una cuarta opción entre dos extremos y una inhibición como neutralidad, la cual será orientada por los estándares que impone la moralidad política.

El punto aquí será la objetividad de la decisión judicial, como proposición verdadera, que requiere ser hallada combinando elementos de descripción y evaluación como una actividad general que permite un modo de adquirir conocimiento⁵⁶⁵, mediante el estudio de escenarios interpretativos en la práctica jurídica de forma general y no particular, que se da en un contexto particular, es decir, dentro de un sistema jurídico, que presupone que es evolucionado. Igualmente, el juez Hércules, que pertenece a una comunidad de expertos jurídicos, guía su interpretación como deber, de acuerdo con los estándares de la práctica interpretativa, los cuales garantizan estándares de intersubjetividad y objetividad de las decisiones⁵⁶⁶.

Otro punto relevante, se relaciona con la distinción entre lo axiológico y lo deontológico, pues se debe llamar la atención sobre no confundir el nivel axiológico (lo bueno y lo malo) con el nivel deontológico (lo debido o lo indebido), pues, el campo de la teoría de los principios de Dworkin está una teoría deontológica y no ontológica⁵⁶⁷, dado que está expresa un carácter de deber ser del derecho y, como

⁵⁶⁴ Ver DWORKIN, Ronald. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It.", Óp. cit., pp. 135-137.

⁵⁶⁵ DWORKIN, Ronald, "Law as Interpretation", Óp. cit., pp. 181-182.

⁵⁶⁶ ARANGO, Rodolfo, "¿Hay respuestas correctas en el derecho?", Óp. cit., p. 120.

⁵⁶⁷ Ver *Ibidem*, p. 123.

tal, sobrepasa el problema de la objetividad de los valores, a través de la construcción de la respuesta correcta, es decir, la verdad objetividad.

Entonces, a pesar de la indeterminación de la normativa, la objetividad de la respuesta correcta se expresa en términos de razonabilidad en la justificación, mediante un trasegar narrativo coherente, el cual consiste en etapas dentro de una metodología de la novela en cadena, cuyo avance de etapa en etapa en la interpretación formará la objetividad, a saber, la identificación de lo que es derecho, la coherencia de la posición frente a los precedentes y la observancia de los principios de moral política, que acompañarán la mejor justificación, como respuesta correcta, pues es aquella que está en términos de justicia. Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad⁵⁶⁸.

La deferencia por parte del operador jurídico a la tesis de respuesta correcta como objetividad dependerá también de la equidad, el debido proceso como trato igual y la justicia como fin, lo cuales son conciliados al contexto de forma razonable. En el dominio de la teoría de Dworkin, la verdad es un producto discursivo e interpretativo formado en el fuego de la coherencia de precedentes regidos por principios, con lo cual destina sentido a las proposiciones normativas, y a su vez permite, precisamente, atribuir una categorización de verdad correctiva, sin resbalar por causa de la subjetividad, ya que opera la obligación de actuar con responsabilidad política en el uso de un razonamiento jurídico deontológico, para la producción de la decisión judicial⁵⁶⁹.

Así las cosas, la verdad en Dworkin se tratará del resultado de una justificación coherente en una narrativa, que echa mano de una amalgama de elementos dentro

⁵⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Óp. cit., p.164.

⁵⁶⁹ Ver: DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, Óp. cit., pp. 187-190.

del sistema legal. La afirmación interpretativa verdadera lo es, “...*porque las razones para aceptarla son mejores que las razones para aceptar cualquier afirmación interpretativa rival. Por eso, cuando reconstruimos el razonamiento de un gran crítico, debemos hablar de una red y no de una cadena de valor. La interpretación es ubicuamente holística.*”⁵⁷⁰

Estos elementos son parte de una tradición que reconoce y garantiza los derechos individuales de los miembros de la comunidad política. Estos derechos, efectivamente, están presentes en el espíritu de los constituyentes, junto con lo que se ha construido de la suma de precedentes que hacen la jurisprudencia. Ésta última no adulterará el ideal de justicia y principios de la constituyente, cuya razonabilización es la alianza del presente con el pasado, como estándares de moralidad política (justicia, debido proceso y equidad) con un componente teleológico individual, que privilegia la libertad individual.

Dentro de las decisiones judiciales debe residir la historia y cultura norteamericana de sus instituciones, que evoluciona y es dinámica, estándares que en el mundo de la vida desde una óptica jurídica reflejan una práctica social, cuyos principios tienen un peso específico que se interpreta y construye, a través de la metodología narrativa. Este peso es asignado por los estándares morales condensados por medio del proceso constituyente y el ejercicio judicial de los precedentes. Este producto es derivado de una discusión moral, donde estos principios se determinan como los cimientos del orden de los derechos y deberes sociales de una constitución que tiene que ser justa, para así permitir el desarrollo de una democracia constitucional que garantice libertades individuales, como la de conciencia y pensamiento, así como la igualdad de derechos políticos.

⁵⁷⁰ DWORKIN, Ronald, “*Justicia para erizos*”, Óp. cit., p.151.

La adjudicación judicial en los casos difíciles requerirá de la aplicación de estos principios, donde los pilares concurrirán a través de un constructo lexicográfico o axiomático (sólo para los principios de dignidad), con lo cual se parte del principio de igual consideración y respeto, como presupuesto del siguiente, que es el principio de responsabilidad personal. Los siguientes principios que se pudieran divisar, a partir de estar satisfechos los anteriores principios pilares, sí estarán sometidos a regateo, porque su peso se construye y objetiva a través de la metodología de novela en cadena.

Así pues, la aplicación de los principios se apoya en la construcción interpretativa de su peso y no aquel que bien quiera darle el operador jurídico arbitrariamente. Ya hemos visto que, este peso deriva de las ideas del constituyente y la construcción narrativa de las diferentes prácticas institucionales que se han consolidado. Los principios no asignan resultados, sino que orientan las decisiones judiciales como estándares de la moral política, que hace que sea como producto la mejor decisión posible.

En suma, la tesis de la respuesta correcta es fruto de un proceso de objetividad, y plantea la verdad como una construcción de la justificación de la decisión judicial, como coherencia narrativa, que rescata en una triada equilibrada la teoría del derecho, la filosofía política y filosofía moral. Asimismo, el hecho de que exista una respuesta correcta para Dworkin no es ineludiblemente un presupuesto para que no existan equívocos.

Se trata de un deber moral de los jueces usar el método hercúleo, de manera que, las justificaciones sean robustas en principios de moral política, como imparcialidad, debido a que existe un trato igual y respeto, con lo que se obstruye la brecha a la arbitrariedad. Esta edificación que acopla el pasado con el presente, garantiza los derechos preestablecidos, donde la decisión judicial como mejor versión posible, encuentra objetividad en el derecho, por medio de la argumentación que justifica

con coherencia discursiva⁵⁷¹, cuyo ejercicio en el campo jurídico será el encontrar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la justificación de una posición que acude a la tradición y sentido de los principios y que está inmersa en su sistema legal como una práctica de la comunidad política.

3. Resumen y consideraciones

La concepción de verdad objetiva de Dworkin resulta ser la posición reaccionaria al escepticismo. Enfrentará al relativismo denunciando su penetración en la academia y en el mundo de la vida con su visión posmoderna, cuyo postulado expresa que todo son convicciones o pactos que inventamos, guiadas por la ideología y las reglas del juego del lenguaje. Asimismo, Dworkin presenta dos versiones⁵⁷² del escepticismo, las cuales bautizará como arquimédicas, porque necesitan un punto de apoyo, ya que asumen una posición, como un buen razonamiento sin manejar un grado de validez o soporte, con lo cual erradamente justifican su inclinación,

⁵⁷¹ No de forma apodíctica o lógica, es decir, se supera la formulación descriptiva del derecho por una constructiva –interpretativa. Considero importante señalar una posible fuente de la que pudo haber bebido su visión de justificación, coherencia y destierro de la discrecionalidad en Rawls, a través del siguiente aparte: “El imperio de la ley implica también el precepto de que casos similares han de tratarse de modo similar. Los hombres no pueden regular sus acciones por medio de normas si no se sigue este precepto. Desde luego, esta idea no nos lleva muy lejos, ya que debemos suponer que los criterios de semejanza vienen dados por las propias normas legales y por los principios utilizados para interpretarlas. No obstante, el precepto de que se den decisiones iguales en casos iguales limita en gran parte la discrecionalidad de jueces y autoridades. El precepto los obliga a justificar las distinciones que hacen entre las personas, por referencia a las normas y a los principios jurídicos procedentes. En cualquier caso, particular, si las normas son complejas y necesitan interpretación, puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero como el número de casos aumenta, se hace más fácil justificar los juicios tendenciosos. La exigencia de estabilidad se mantiene para la interpretación de todas las normas y para las justificaciones a todos los niveles. Con el tiempo, los argumentos razonados para justificar juicios discriminatorios se vuelven más difíciles de formular y las pretensiones de estos argumentos son menos persuasivas. Este precepto se mantiene también en los casos de equidad, es decir, cuando se ha de hacer una excepción porque la norma establecida produce una injusticia imprevista. Pero con esta condición: como no hay una línea clara que separe estos casos excepcionales, llegamos a un punto, como ocurre en los casos de interpretación, donde casi cualquier diferencia crea un conflicto. En esos casos se aplica el principio de decisión autoritaria y basta el peso del precedente o del veredicto anunciado. RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, Óp. cit., p. 228.

⁵⁷² De un lado, la general, la cual niega la existencia de toda forma de verdad objetiva y, por otro lado, la limitada, la cual niega que las afirmaciones evaluativas puedan ser objetivas, pero acepta objetividad en las verdades descriptivas de las matemáticas.

pretendiendo estar fuera de un conjunto de creencias y juzgar como un todo a partir de premisas o actitudes que no le adeudan nada.

Reclama la asunción manifiesta de la toma de una posición interna, pues no se puede negar sin soporte que cualquier argumentación carezca de objetividad para desechar la misma, pues ninguna argumentación está por fuera de un sistema de creencia; por tanto, no se puede negar que no tenga punto de apoyo o arquimédico. Con esto busca que aquel que argumenta a favor del escepticismo asuma que no todo es invención cultural, sino que con su posición pretende ser objetivo en un sentido básico, ya que generalmente su posición buscará ser acogida (validada).

Sus argumentos se centrarán en contrarrestar a los escépticos arquimédicos selectivos, los cuales se destacan por su afirmación de que no existe verdad objetiva en el terreno de las premisas evaluativas, pero sí desde premisas descriptivas, las cuales dan cuenta de la clase de propiedades que existen en el universo. Su análisis crítico de los arquimédicos selectivos se dará en terrenos blandos de la moralidad, para lo cual formulará que ese escepticismo es errado en su planteamiento, ya que sus afirmaciones son evaluativas acompañadas de un punto de vista interno.

Ejemplifica lo anterior, al referir la negativa de la respuesta correcta, si el aborto es perverso o no. Plantea que al tratarse de una afirmación moral sustantiva debe ser evaluada y juzgada como cualquier afirmación moral sustantiva (implica una interpretación) ya que esta proposición implica tomar una posición en la dimensión evaluativa interna; la cual poseen todas, sin embargo, y son discutibles con respecto a su estatus, pues los juicios morales positivos comprenden la asignación o adscripción de un acto, o persona, o acontecimiento. También, pueden ser condicionales o contrafactuales, no obstante, son posturas sustantivas, en el sentido de que tienen implicaciones directas para la acción, porque toman partido en la controversia y, en consecuencia, son presa de la contextura de lo que crítica y niega.

Con relación al escepticismo externo, se presenta como si no se soportara en juicios morales positivos de carácter general, teórico o contrafactual, pues quiere aparentar neutralidad a través de una promoción de afirmaciones sin postura, es decir, se desenvuelve por medio de opiniones morales de segundo orden al respecto de una persona, acción o acontecimiento, cuya atribución no es correcta o incorrecta, buena o mala en sí, sino que nosotros le fraguamos una cualidad moral, pero en una visión nominal de las convicciones que no toma posición, dado que cree no fundamentarse en argumentos morales, pues no existe realidad moral.

Esta clase de escepticismo se apoya en asignaciones teoréticas para asumirse neutral en las controversias sustanciales de orden moral, pues dice que las prácticas realmente no están mal (la maldad no está en la realidad); por el contrario, esta calificación se halla interiormente, esto es, en las propias personas, que son quienes hacen la proyección.

No obstante, las proposiciones principales, como las adicionales están comprometidas moralmente. Por lo tanto, no hay neutralidad en el planteamiento de un escéptico, como, por ejemplo, cuando dice que el aborto es malo. Cualquier otra adición que implique una afirmación interna es una proposición moral, ya que todo intento de persuasión para reasignar una perspectiva nominal de la moralidad implica hacerlo a través de moralidad. En este sentido, se podría argüir que una cosa es negar la moralidad y otra distinta es tener posiciones morales, materia de revisión, Éstas se pueden cambiar debido a un oportuno ejercicio de pensamiento que dé lugar a hallar una posición que uno mismo pueda asumir internamente, a causa de estar comprometido con la postura (la mejor respuesta).

Con relación a la objetividad de la respuesta correcta, como valor de verdad, ésta estará determinada por cómo se llega a elección correcta y los argumentos que fundan esa respuesta, la cual implica concepción moral, que en el campo de lo

judicial se relacionan con el propósito de la justicia y un requerimiento de acción, como el deber del juez en sus competencias de orientarse por estándares que impone la moralidad política. En este sentido, la objetividad de la decisión judicial es una proposición verdadera que se halla combinando elementos de descripción y evaluación como una actividad general que permite un modo de adquirir conocimiento dentro de un sistema jurídico avanzado, guiado deontológicamente, en términos de razonabilidad en la justificación, mediante una metodología de novela en cadena, cuyo avance de etapa en etapa en la red de la interpretación holística formará la objetividad bajo la observancia de los principios de moral política, y cuya orientación en términos de justicia da lugar a la mejor postura posible.

Apelar a principios es la forma de cimentar la verdad objetiva. De hecho, para nuestro autor, se trata de progreso, pero un progreso de tipo moral que, aunque difícil de determinar en qué reside y complejo en el campo de la presunción cuando se ha tomado postura, es en cuanto persuasión una responsabilidad procurarla de aquellos que tienen un rol estatal⁵⁷³. Adicionalmente, esa moral no es cualquier moral, sino una moral política que está integrada por derecho, política y moral, como necesaria a la verdad⁵⁷⁴.

En suma, la verdad es un concepto interpretativo, que se presenta como el resultado de hallar la mejor justificación coherente en una narrativa judicial, que echa mano de una serie de elementos deontológicos dentro del sistema legal, a través de una interpretación holística, que construye y asigna un peso a los principios morales en juego, a partir de los principios de dignidad en una concepción que engloba una visión de árbol que a partir de la moral ramifica al derecho y la política en éste. Igualmente, su concepción de verdad es epistemológicamente una versión Rawlsiana de equilibrio reflexivo, por la asunción del presupuesto de principios

⁵⁷³ DWORKIN, Ronald, "*Los derechos en serio*", Óp. cit., p.

⁵⁷⁴ Ver DWORKIN, Ronald, "*Justicia para erizos*", Óp. cit., pp. 16-18.

morales en un juego democrático de ajuste recíproco deliberativo de principios universales y juicios de valor particulares. Asimismo, su ontología se basa en descubrir lo que es derecho en un contexto moral, que existe, está ahí, solamente se debe hallar y no se inventa (no es metafísico). Ese contexto moral es una dimensión ontológica diferente, pero real, que se debe encontrar partiendo de unos acuerdos en teoría del derecho, los principios, los derechos y la justicia. Hay una red que se aclara en su obra *Justicia para erizos*, un planteamiento como lo hace erizo, articulado en un mundo de zorros posmodernos.

CAPÍTULO IX. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DETRÁS DE LA RESPUESTA CORRECTA

1. Introducción

En este capítulo se presentarán los principales autores que contribuyen a formar los presupuestos de la respuesta correcta, dado que Dworkin se nutrió a partir de sus categorías o teorías. Para ilustrar la audaz elaboración de Dworkin, éste trae a colación diferentes enfoques filosóficos. Recordemos la referencia de Dworkin a la figura mitológica de Procasto, quien tenía un lecho que se ajustaba a las dimensiones de sus visitantes. Éste los estiraba hasta llegar a la medida exacta del lecho. Así las cosas, Dworkin usa como argumento validador la referencia a este ser mitológico, para efectos de la acción de diversificación de autores que aportaron a la tesis de la respuesta correcta directa o indirectamente.

2. Donald Herbert Davidson

En este aparte se presentará la visión de objetividad de Donald Davidson⁵⁷⁵, con la pretensión de hallar puntos comunes con Dworkin, así como rescatar elementos que puedan llevar a complementar la postura de Dworkin con respecto a la verdad objetiva. Inicialmente, encontraremos una coincidencia con el pensamiento de Davidson, pues la objetividad se construye, también, con la suma de opiniones que

⁵⁷⁵ En este punto es importante introducir brevemente al filósofo Donald Davidson, pero antes haciendo una reseña de su vida. Nuestro autor desarrolló estudios en la Universidad de Harvard con el enfoque del pensamiento de Dewey y, con preferencia por la literatura inglesa y la literatura comparada. Luego en el desarrollo de su doctorado, estudió de forma sistemática la filosofía clásica. Sus estudios filosóficos de postgrado se enrutaron hacia el pensamiento de Willard van Orman Quine (positivismo lógico). Interrumpió su doctorado para participar en la segunda guerra mundial en la marina. Al finalizar la guerra retomó el trabajo sobre su tesis del Filebo de Platón. Respecto a su pensamiento con relación a este trabajo se debe resaltar que amparó la defensa de la objetividad de los valores. Los valores los entendió como cualidades positivas del agente (incluye valores clásicos y principios estéticos). Creía en la distinción de valores genéticos (los relacionados con dolor, placer) y los que se adquieren en la dinámica cultural.

coinciden en su contextura espiritual. Aquí, los intervinientes son intérpretes que construyen la objetividad, muy parecido a la técnica de construcción de novela en cadena de Dworkin, cuando éste plantea que la respuesta correcta está inmersa en el ordenamiento jurídico, pero debe ser hallada. Con esto expresa en verdad que los casos difíciles tienen una respuesta correcta – la cual es unívoca en todos los casos – y coincide con Davison porque la objetividad también se halla, pero a través de un tejido de opiniones donde el interminable ejercicio del uso del lenguaje nos permite llegar a desarrollar posturas objetivas. Essa postura final objetiva es parte de la dinámica del lenguaje en el mundo de la vida, y su uso es el resultado del conocimiento que tiene el individuo del uso del lenguaje, lo cual se debe entender como el conocimiento de acuerdos ya existentes en ese contexto del lenguaje en el mundo de la vida. Es así como en una argumentación puede haber muchas aseveraciones objetivas que construyen la objetividad sobre determinado tema⁵⁷⁶.

La escuela del pragmatismo, generalmente, ha buscado descartar la distinción y separación entre hechos y valores, aunque algunos han advertido de la posibilidad de objetividad como, por ejemplo, Davidson y Putnam. El último, crítico de los positivistas, quienes refutaran fuertemente su posición, pues consideran que los valores o enunciados evaluativos son subjetivos, y en cambio los hechos son objetivos⁵⁷⁷. Su visión de objetividad en la ética es bastante ambigua, ya que la apoya en los conceptos éticos densos, los cuales contienen la cualidad de inescindibilidad de lo descriptivo y evaluativo. Asimismo, él afirma desconocer el porqué de cómo se originan las aseveraciones éticas objetivas, como la dignidad humana o la libertad de expresión. El punto está en que él sabe que se debe inclinar

⁵⁷⁶ En el desarrollo metodológico de Davidson se plantea la herramienta o principio de caridad, donde prueba en contrario las afirmaciones del interlocutor, se presumen verdaderas estas dentro de un marco racional. Ver DAVIDSON, Donald, *De la verdad y de la interpretación: fundamentales contribuciones a la teoría del lenguaje*, 1 ed, Barcelona: Editorial Gedisa, 2001, p. 20-21,48,147, 162.

⁵⁷⁷ Un ejemplo podría ser una frase en la que se dé cuenta de que hay un libro sobre la Mesa. Esta afirmación es objetiva porque lo puedo percibir con los sentidos, mientras que, si digo que el libro que está sobre la mesa es interesante, ésta es una apreciación evaluativa, es decir, subjetivo.

hacia esa posición y, sin embargo, no está al tanto de cómo sabe su inclinación (consideración ontológica de la objetividad y negación epistemológica)⁵⁷⁸.

Ahora bien, en el marco de la disciplina jurídica, al igual que en otras inscritas dentro de las denominadas ciencias humanas o sociales, se observan continuas controversias alrededor de la teorización de la autorreflexión jurídica, o su estudio heterónimo. En general, ante un eje temático puntual del derecho no existe univocidad con respecto a las soluciones a los problemas jurídicos. A esta situación no escapan las formulaciones de orden moral, con el agravante de que nuestra sociedad de hoy adolece del abandono de principios morales y de la relativización de estos. No obstante, aquellos que relativizan la moral, no podrán negar que conductas brutales e inhumanas, como el genocidio, son injustificables. Todos estaríamos de acuerdo con que actos sistemáticos encaminados al exterminio de indígenas son totalmente inaceptables. Por lo tanto, como afirmación revestida de verdad, rompe con la posición que intenta desconocer la existencia de la objetividad en el campo de los principios morales.

Donald Davidson en su obra *Problems of Rationality* expresa que en momentos de descuido tendemos a ser objetivistas en el campo de los valores. Insiste en que lo valioso o correcto de la validez objetiva de los juicios de valor es relativo al tiempo, lugar, personas, cultura, tribu o sistema legal. Sin embargo, todos somos relativistas morales hasta cierto punto, ya que, por ejemplo, aceptamos que es moralmente incorrecto matar a alguien con el fin de heredar sus pertenencias, pero el asesinato puede permitirse, o incluso ser correcto, bajo ciertas otras condiciones. De igual modo, no culpamos a los niños por acciones de las cuales responsabilizaríamos a

⁵⁷⁸ "No es que yo sepa por qué sé que, por ejemplo, la dignidad humana y la libertad de expresión son mejores que sus contrarios, excepto en el sentido de que soy capaz de exponer el tipo de argumentos que la gente no-metafísica común, de convicciones liberales, puede exponer y expone. Si a mí se me pide que explique, en términos "absolutos", como es en sí posible el conocimiento ético, no tengo respuesta. Pero existe una gran variedad de casos en los que me veo obligado a decir "yo se esto, pero no sé cómo lo sé". Sin lugar a dudas, no es la física la que me explica cómo es que se cosa alguna." PUTNAM, Hilary, "La objetividad y la distinción ciencia/ética", Revista Diánoia, 1988, Vol. 34, No. 34, p. 22.

un adulto. Refiriéndose a Platón señala que se tiene razón al entregar a un hombre acosado por ladrones un arma, pero es incorrecto darle la misma arma a una persona con pretensiones suicidas.

Señala Davidson que el relativismo se vuelve progresivamente más plausible, pero también menos interesante, mientras más generalizadas sean las condiciones relevantes de que está hecho. Asegura que estamos más dispuestos a reconocer que nuestros juicios son válidos sólo como relativizados. No obstante, quien es relativista no puede en forma consistente negar la objetividad de los valores. Refiere nuestro autor que el relativista sostiene que un acto individual tiene su valor de manera objetiva, aunque un acto similar en muchos sentidos puede tener un valor diferente e igualmente objetivo. El relativista sobre valores no es más escéptico sobre la objetividad de valores que el lingüista sobre la verdad de un enunciado, solo porque la misma oración pronunciada en otro contexto puede resultar falsa.

Considera que cuando se discute acerca de la objetividad en términos generales, un juicio es objetivo si es verdadero o falso (o probablemente ninguno), pero su valor verdadero, falso o ninguno es inequívoco, porque es independiente de factores como quién hace el juicio, su sociedad o su tiempo. El valor de verdad de un juicio sólo dependerá de los hechos y el contenido del juicio en sí mismo de la proposición que es juzgada. El contenido de un juicio debe ser claro y comprensible para las partes que lo discutan. En algunos casos, apelar al lenguaje no ayudará directamente, dado que dos personas pueden estar de acuerdo con la verdad de una oración sin necesariamente estar de acuerdo con lo que significa la oración. El significado de dos puntos de vista en disputa tiene tanta necesidad de análisis adicional como las condiciones de identidad de las proposiciones, creencias o juicios.

La objetividad no dependerá de la ubicación de una propiedad atribuida, o su supuesto vínculo conceptual con las sensibilidades humanas; depende de que

exista una relación sistemática entre las propiedades de las cosas y los eventos que causan actitudes. En ese punto de relación, la descripción de lo verdadero o falso tiende a causar las mismas creencias en diferentes observadores, y cuando los observadores difieren, asumen que hay una explicación.

La tesis de Davidson es que dos personas que no están de acuerdo sobre el valor de una acción o un objeto deben tener las consideraciones que prueban que la disputa es genuina⁵⁷⁹ y las consideraciones que conducen a una interpretación correcta, también revelarán los criterios compartidos que determinan dónde radica la verdad. El vehículo para probar las consideraciones es justificado por la interpretación que semánticamente se tenga de algo, en el marco de un juicio de valor.

Por otro lado, algunos pragmatistas como Richard Rorty descartaron la posibilidad de objetividad de valores y hechos. En particular Rorty se inclinó por la solidaridad, en lugar de la objetividad, como una forma de concordancia o acuerdo social, lo cual es manifiesto generalmente en las dinámicas sociales.

Por su lado Davidson no rechaza la objetividad de valores y hechos. Plantea que la objetividad no se encuentra en los objetos, como formas independientes de nosotros o concordancia. La objetividad mora en la forma en que formulamos nuestras proposiciones, pero en una lógica de triunvirato, donde la bisagra recíproca entre el mundo y los objetos se manifiesta en el lenguaje —cuando nos comunicamos.

De acuerdo con el autor, cuando se quiera proponer la objetividad, esta dependerá de las afirmaciones que hagamos y no en las cosas, pues la relación a tres bandas se da en la dinámica de la comunicación, cuando nos referimos a nuestros interlocutores de los objetos o por causa de ellos. El intercambio en la dinámica del

⁵⁷⁹ Este planteamiento se asemeja a la petición de Dewey y Peirce de un punto de referencia o apoyo y contexto de las preguntas para considerarse verdaderas preguntas.

lenguaje da pie a la construcción de la objetividad, es decir, dentro del contexto del lenguaje en una interacción a través de la comunicación, respecto del objeto o acción, interlocutor y emisor.

La objetividad para Davidson es un planteamiento constructivista intrínseco al lenguaje. El desarrollo de la objetividad se exterioriza cuando observamos e intercambiamos enunciados con otros espectadores, pero estos espectadores o cualquiera que contribuya en la formación de la objetividad de algo, en verdad son intérpretes que contribuyen con su endoxa convergente en un ambiente de deseo y proyección hacia la perfección, ahí está la epistemología de su planteamiento.

En el proceso a través del triunvirato⁵⁸⁰ se sitúa la verdad o falsedad de algo, pero es generado por el entendimiento en el campo de un tejido de texturas espirituales (argumentos) convergentes que pueden llegar a un consenso, luego de un inacabado intercambio de posiciones (comunicación), donde no se puede negar la preexistencia de acuerdos en el contexto de la dinámica de la comunicación, dando así lugar a la construcción de la verdad a través del lenguaje.

2.1. Resumen y consideraciones

Hemos visto un acercamiento al postulado de la objetividad de Davidson, lo cual nos permite poner sobre la mesa elementos de comparación con respecto a la visión de objetividad de Dworkin en el campo judicial. Davidson plantea que en el campo de la objetividad los intervinientes se interpretan mutuamente respecto de una incitación, como una acción u objeto, y la racionalidad de las premisas de cada uno estará mediada por la coherencia con relación a la adecuación de cada argumento. La red construida por cada uno permite una convergencia holística, de argumento

⁵⁸⁰ Su concepción de objetividad no dista del consenso intersubjetivo Habermasiano y la salida de la solidaridad por parte de Rorty.

en argumento, de manera que la objetividad es una construcción en el contexto dinámico del lenguaje cuando nos comunicamos, es decir, que nos entendemos, teniendo como resultado el consenso o acuerdo intersubjetivo.

Así las cosas, podemos acercarnos a los dos métodos y concluir que son cercanos, dado que de un lado Davidson apela a su recurso de caridad racional, con el cual se marca una presunción modo de condición necesaria para entendernos, la cual consiste en que se consideran las premisas del interlocutor verdaderas, so pena de probarse un estado antípoda a la verdad⁵⁸¹. Por su lado Dworkin concibe un método de narración de novela en cadena, cuya característica diferenciadora es el desenvolvimiento monológico del operador jurídico, el cual está limitado por principios morales-jurídicos, que restringen su discrecionalidad y garantizan el juego democrático, por hallar los principios aplicables a casos difíciles a partir sólo de la constitución, de manera que la verdad es la mejor versión de una lectura moral que dialoga con las posiciones de los precedentes judiciales e instituciones jurídicas coherentes con una democracia liberal igualitaria. El ejercicio de hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas en el caso de Dworkin se desenvuelve en la justificación de una posición enmarcada por una valoración del sentido de los principios, valores e institución del derecho.

Aquí encontramos una posible coincidencia con el pensamiento de Davidson, pues la objetividad se construye también con la suma de opiniones que coinciden en su contextura espiritual (argumentos), los intervinientes son intérpretes que construyen la objetividad en la comunicación. Sin embargo, Dworkin dialoga a través de su juez Hércules con los operadores jurídicos del pasado y un conjunto de principios morales hijos de las revoluciones liberales.

⁵⁸¹ DAVIDSON, Donald, *“De la verdad y de la interpretación: fundamentales contribuciones a la teoría del lenguaje”*, Óp. cit., p. 202

En este sentido, cuando Dworkin plantea que la respuesta correcta está inmersa en el ordenamiento jurídico, pero debe ser hallada, y que, por lo tanto, los casos difíciles tienen una respuesta correcta, coincide con Davison, porque la objetividad también se halla, pero éste plantea que se hace en el vehículo del lenguaje que viaja en la autopista de la comunicación, donde confluyen argumentos y posturas objetivas dadas por el lenguaje, las cuales cimientan el acuerdo y la objetividad de lo discutido.

En sí, Davidson pretende describir que, nos representamos antropológicamente en la comunicación holísticamente, dado que ahí viajan la representación de la acción, pensamiento y el habla, lo cual permite que apliquemos una hermenéutica en dos vías, ya que nos interpretamos entre nosotros a la vez que ponemos un argumento sobre otro racionalmente (coherencia) en el marco de un juego lingüístico, con unas reglas sobreentendidas y nociones preconocidas que nos permiten formular mutuamente proposiciones objetivas.

3. Jürgen Habermas y Hilary Whitehall Putnam

Aquí presentaremos el debate respecto de la objetivación de los juicios de valor. Lo veremos a través de la discusión planteada entre Putnam y Habermas en el texto *Normas y Valores*, pero haciendo énfasis en las críticas de Putnam a Habermas, ya que se pudo encontrar una relación entre la teoría del derecho de Dworkin y el concepto ético denso de Putnam, lo cual aporta a la investigación que se ha desarrollado aquí.

El núcleo del debate reposa en la distinción y división entre las normas y los valores propuesta por Habermas. Éste presenta una serie de características y distinciones que diferencian las normas de los valores, condición importante para completar la comprensión del problema trabajado en este momento. Habermas les atribuye a las

normas un carácter obligatorio indiscutible y representa a las normas como una expectativa generalizada de comportamiento universalizable, así como una fórmula binaria de validez (válidas o inválidas).⁵⁸²

Los valores son considerados por Habermas como lo recomendable o deseable, de acuerdo a la preferencia de cada comunidad, con lo cual quiere decir que son estimativos o evaluativos dependiendo de la diversidad cultural y la forma de vida. Los valores se adquieren mediante una dinámica de medios a fin. Asimismo, en el marco de los valores se establece una relación de preferencia, es decir, que unos resultan más deseables que otros⁵⁸³.

Tanto Putnam como Habermas no comulgan con las condiciones no cognitivistas⁵⁸⁴. Juntos presentan razonamientos de corte pragmatista frente a la equiparación de la objetividad de enunciados normativos a enunciados empíricos. Sin embargo, Putnam criticará la división del uso de la razón práctica en ética y moral, dado que no se puede dar sentido a las normas morales sin echar mano de los valores. Asimismo, considerará que los mínimos irrefutables, es decir, los imperativos categóricos, excluyen los valores sin pretensión de universalidad, lo cual en el campo de la racionalidad eventualmente llevaría a que esos valores locales de espacios sociales particulares afecten la validez deóntica, precisamente por proscribirlos.

Ambos aceptan el pluralismo ético, y con sus respectivas particularidades confluyen en que los valores desdoblan su objetividad a partir del reconocimiento intersubjetivo dentro de las sociedades. El debate se regirá por la postura de

⁵⁸² HABERMAS, Jürgen, "*Debate sobre el liberalismo político*", Barcelona: Ediciones Paidós, 1998, pp. 48-49.

⁵⁸³ *Ibíd.*, p. 49.

⁵⁸⁴ Las posturas cognitivistas en el campo de la moral creen en general que son parte del conocimiento, y sus proposiciones pueden ser verdaderas o falsas. Por otra lado, las posiciones no-cognitivistas proscriben la verdad o falsedad en este campo, de igual modo que, niegan la posibilidad de enunciados evaluativos y normativos sean proposiciones falsas y verdaderas.

Habermas de que las normas están contenidas por un principio de universalización, mientras que los valores están en la lógica de lo que es deseable.

Putnam refutará el proceso de la acción comunicativa como única forma de darle carácter de importancia insuperable –que para Habermas es la universalización hacia la justicia y no lo local en el sentido de vida buena–, puesto que se puede manipular sin romper con los principios, mediante las restricción de declaraciones y lo asegurado racionalmente, entre otros aspectos.

Ahora bien, el propósito de este aparte es el de presentar la crítica de Putnam a Habermas respecto de la posibilidad de justificar el conocimiento objetivo de valores y normas, para luego presentar unas conclusiones, con lo cual tendremos un panorama ampliado de lo que implica la objetividad.

Putnam partirá de su disentimiento respecto de la separación de normas y valores. Para formular su punto de vista, señalará las consideraciones de Habermas de lo que son las normas y los valores. Dirá que las normas están en el campo de lo que estamos obligados a hacer sin distinción y en igual medida, donde las normas satisfacen expectativas de carácter general⁵⁸⁵. Un entendimiento de validez deóntica de carácter binario, en donde las obligaciones son incondicionales y universales⁵⁸⁶ para sus destinatarios.

Considera que para Habermas los valores son un planteamiento naturalista, puesto que éste ve a los valores, como productos sociales contingentes y variables de diferentes mundos de la vida. Un recurso para entender esa idea es plantarse la pregunta por lo que es más deseable o preferible a nivel comportamental en una comunidad en particular. Allí la orientación del comportamiento es medio a fin, es

⁵⁸⁵ Putnam resalta que esta formulación de la categoría “norma” es Kantiana, dado que Habermas en el desarrollo de su obra siempre ha defendido la fuerza vinculante de las normas.

⁵⁸⁶ Putnam señala que los universales deontológicos o imperativos categóricos se presentan por definición como una distinción entre lo desagradable y lo que es incondicionalmente incorrecto.

decir, que algunas cosas en una perspectiva evaluativa pueden resultar más atractivas que otras⁵⁸⁷.

Explica Putnam que el planteamiento Habermasiano pretende que defendamos nuestros valores, mediante la acción comunicativa, reconociendo al otro de forma Kantiana, es decir, tomando al otro como un fin en sí mismo y no como un medio, de manera que, solamente serán legítimos aquellos valores que pervivan a la defensa bajo formas del habla o de comunicación (acción comunicativa), pero en el marco de un discurso racional emancipado de toda manipulación (sinceridad, veracidad, justificación racional de las pretensiones validez).

Habermas, como clarificación del disentimiento, le pide a Putnam que presente un ejemplo de valor caracterizado por: i) no ser una norma de acuerdo con la concepción Habermasiana y ii) correcto en el marco de una concepción de mundo o su preferencia, que pudiera considerarse como un deber ser de los mundos de la vida. En respuesta a lo anterior, Putnam plantea que es mejor pensar en pluralidad de concepciones moralmente aceptables que en un mundo bajo una sola concepción, donde los juicios de valor diversos deberían considerarse verdaderos y falsos, en el sentido de un realismo sustantivo.

Al imperativo categórico lo designará como *meta-nivel* (en el marco de una constitución democrática) cuya crítica será la referencia al peligro autoritario a través de una única norma universal (acción comunicativa). Niega la posibilidad de que el discurso sea una referencia de universalidad normativa, para lo cual señala que:

“...es posible que alguien reconozca el mandato de veracidad como una norma vinculante mientras que por otro lado se deja guiar enteramente por el «egoísmo ilustrado»”. (Este es precisamente el modo de vida que de hecho recomendaba Ayn Rand, una influyente filósofa amateur- no estoy dispuesto a calificarla de filósofa sin más- .). Tal persona puede,

⁵⁸⁷ PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. “Normas y valores”, Madrid: Editorial Trotta S.A., 2008, p.47.

no obstante, violar a cada paso el espíritu, si no la letra, del principio de la acción comunicativa. Al fin y al cabo, la acción comunicativa se contraponen a la manipulación, y dicha persona puede manipular a otros seres humanos sin violar los principios «de sinceridad, de veracidad y de restricción de las declaraciones a lo que está garantizado racionalmente». Los héroes capitalistas de Ayn Rand manipulaban a la gente todo el tiempo, por ejemplo, mediante su control del capital (aun cuando Rand no lo considerara manipulación). De hecho, la persona que dice «haz lo que yo quiero o te pego un tiro» no necesita violar ningún principio que tan sólo afecte al discurso. Sin embargo, sería un error traer a colación tales ejemplos como objeciones a la ética del discurso» de Habermas.⁵⁸⁸

Agrega que para Habermas la acción comunicativa es una forma de superar nuestras diferencias, con relación a las normas que deberían gobernarnos a todos⁵⁸⁹. Evita presentar razones valorativas de la ética del discurso, para en su lugar proyectar dos interrogantes. De un lado, se pregunta si las normas universales (muchas o pocas) son una forma objetiva de la ética, por otro lado, reivindica los valores a partir de la duda de su contingencia histórica en diferentes mundos de vida locales.

Putnam, para plantear el problema de la división entre normas y valores, parte de la referencia de Korsgaard respecto de su lectura de Kant de inaceptabilidad del realismo sustantivo de Kant. Refiere este último que Kant no piensa en términos de que los objetos de nuestras inclinaciones sean buenos en sí mismos. Expresa que nosotros no queremos cosas porque percibamos que son buenas. La valoración de nuestras atracciones iniciales hacia las cosas son impulsos psicológicos naturales (evaluaciones, son valores después de que se toma una máxima de valor o no, o de reaccionar o no ellos, pero son producto del material psicológico interés y placer)⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 51

⁵⁸⁹ Putnam considera que Habermas es un minimalista Kantiano, dado que, no presenta un modelo ético último, sino que pretende formular condiciones para una regla, con la cual podamos superar nuestras diferencias asociadas a las reglas que gobiernan las conductas.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 54

Las palabras éticas densas para nuestro autor resultan uno de los puntos medulares para refutar la aplicación de la razón práctica Kantiana-Korsgaardiana como la elección de nuestras máximas, en el sentido de leyes universales a las que, entre otras cosas, nosotros mismos otorgamos valor⁵⁹¹ respecto de los otros como un fin en sí mismo.

El argumento se basa en que las palabras éticas densas universalizables en términos de leyes, contienen términos de valor, pues una regla explícita de conducta puede no siempre ser obedecida, pero aspiramos a que en general sea cumplida. Y esos términos de valor se los atribuimos cuando las palabras densas muestran una característica descriptiva, como por ejemplo “es poco amable Mario”.

Agrega que el problema con el *deberías tú ser amable, como yo lo soy* de nuestro ejemplo, no soporta un fraccionamiento del significado del concepto ético denso en dos componentes (descripción y actitud), pues allí también se presentan emociones, voluntad y razonamientos; es decir, hay un discurso sin la neutralidad de las descripciones en términos de discurso de lo físico en las ciencias naturales⁵⁹².

Putnam refiriéndose a Bernard Williams plantea que los conceptos densos no pueden fragmentarse en descripciones y evaluaciones por separado, dado que no todos los enunciados de conceptos éticos densos son absolutamente válidos si se puede hablar de enunciados verdaderos o falsos, pero dependerá del contexto o del espacio social en donde se emitió para efectos de esa evaluación (validez relativa). De lo último referido, lo toma para descartar la universalidad Habermasiana del

⁵⁹¹ Para Putnam los valores no pueden ser limitados o reducidos a formulaciones meramente descriptivas.

⁵⁹² Putnam dice que hay otras clases de discurso esenciales que no son reducibles al discurso físico, y no por ello, son ilegítimos.

canon deontológico, pues, los valores no dejarán de afectar las normas o máximas hechas leyes — a lo mucho podrá ser una universalidad formal⁵⁹³.

Como excursio tenemos la similitud del concepto ético denso de Putnam con la teoría del derecho de Dworkin, puesto que éste entiende el derecho como un concepto interpretativo (epistemología jurídica - teoría de la adjudicación), lo cual es un presupuesto para la respuesta correcta. El piso de esta visión es la moral política, que en la interpretación se presenta como una representación del derecho como integridad, lo cual implica decisiones judiciales con coherencia narrativa de precedentes y apoyadas en principios. Esto en oposición a las visiones convencionalistas y pragmáticas.

Entonces como alternativa a las dos visiones anteriores, las proposiciones del derecho no son únicamente descripciones de la historia jurídica, ni tampoco simples evaluaciones de una forma separada de la historia jurídica. En verdad son interpretaciones de la historia jurídica, lo cual combina elementos de la descripción y de la evaluación. Pero, no equivale a ninguna de las dos, de manera que una completa historia jurídica se alcanza cuando se combina el aspecto descriptivo y prescriptivo en el sentido de evaluación que implica descubrir el sentido del sistema legal, como un todo, para efectos de presentar la mejor decisión judicial posible⁵⁹⁴.

Retomando nuestra línea, Putnam aborda a Apel y Peirce para criticar sus posturas respecto de la verdad. Pero antes fija una referencia de la verdad desde una variante del antirealismo. Aquí plantea que los límites de lo que podría ser verdadero dependen de las capacidades restringidas de verificación de los seres humanos. Como argumento principal se tiene que metafísicamente la idea de verdad de algo a veces no pueda ser verificable, incluso idealmente.

⁵⁹³ Para reforzar este punto trae a colación el ejemplo de conceptos densos anacrónicos, pues algo como tener castidad o no, ya no es calificado de impúdico y dichos conceptos ciertamente son densificados por conceptos de valor más descriptivos.

⁵⁹⁴ DWORKIN, Ronald, "*Una cuestión de principios*", Óp. cit., p. 192.

En el campo de la ética, nos dice Putnam que la idea de no-verificabilidad, no es en absoluto una razón para afirmar que tales enunciados no sean ni verdaderos, ni falsos. Lo que ocurre es que nuestros deberes son cognoscibles, y de no ser cognoscibles, pues simplemente no serían nuestros deberes. Aísla las reglas de la ética del discurso del problema de las discusiones en ética, para enfocar la dificultad en el uso apropiado del vocabulario de conceptos densos en ética⁵⁹⁵, pues, considera que, así existan condiciones ideales y una prolongada discusión, no es garantía de que una posición concertada sea correcta.

Entiende la percepción moral como la capacidad perfectible sin fin para discernir entre alguien que está sufriendo innecesariamente en vez de estar soportándolo espontáneamente o de alguien que es reconfortantemente espontáneo, de alguien que es descarado⁵⁹⁶. Con este aspecto Putnam busca que Habermas tome las reglas de la ética del discurso como una parte de la ética, esto es, que la ética del discurso no sea el fundamento de todas las normas fijas que caracterizan la razón (validez).

Considera que el problema del planteamiento de Habermas radica en la formulación Kantiana, pues no es adecuado que los principios característicos de la razón práctica sean universales, mientras que los valores tengan el tratamiento de impulsos psicológicos naturales como inclinaciones.

Los conceptos éticos densos por su implicación doble (evaluación - descripción) reta las bifurcaciones tradicionales como la razón e inclinación⁵⁹⁷. También plantea que

⁵⁹⁵ Entenderá que respecto al sujeto que reflexiona en los conceptos densos en ética, éste es moralmente sensible, imaginativo e imparcial en el marco de un planteamiento evaluativo a la vez que descriptivo.

⁵⁹⁶ . PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. "Normas y valores", Óp. cit., p. 70.

⁵⁹⁷ *"Paso aquí por alto todas las acciones que ya son conocidas como contrarias al deber, aunque puedan ser útiles en este o aquel respecto, pues en ellas ni siquiera se plantea la cuestión de si pudieran haber sucedido por deber, puesto que incluso contradicen a éste. También dejó a un lado las acciones que son realmente conformes al deber y a las que los hombres no tienen inmediatamente inclinación, pero sin embargo las ejecutan porque son impulsados a ello por otra inclinación. Pues ahí se puede distinguir fácilmente si la acción conforme*

la ética del discurso aleja del debate a aquellos que carecen de habilidades para expresarse, de ahí, la importancia de los conceptos éticos densos para explicar lo injusto de la desigualdad de una situación de discurso.

En ese contexto se puede hacer patente la manipulación de aquellos que carezcan de esas habilidades de expresión, dado que, para que sea ideal en términos Habermasianos el debate, no es suficiente con cumplir las reglas de la ética discursiva, sino que se debe escuchar a aquellos que no se expresan.

Retomando la crítica de Putnam a la naturalización⁵⁹⁸ o relativización⁵⁹⁹ de los valores, usa el ataque desde la metafísica, —que dice que los valores son irregulares en términos metafísicos, ya que no se posee un órgano sensorial para determinar lo bueno—, para atacar los valores epistémicos, pues dice que no tenemos un órgano sensorial para determinar la simplicidad y coherencia.

Finalmente, tomará una posición falibilista moral, pues al decir que el hecho de que se acepte que se puede discutir racionalmente los valores éticos no implica el tratamiento de naturalización, pero que no es posible universalizar o determinar de

al deber ha sucedido por deber o por un propósito egoísta. Esa diferencia es mucho más difícil de notar cuando la acción es conforme al deber y el sujeto tiene además una inclinación inmediata a ella. Por ejemplo, es sin duda conforme al deber que el tendero no cobre más caro a un comprador inexperto, y, donde hay mucho tráfico, el comerciante prudente tampoco lo hace, sino que mantiene un precio fijo universal para todo el mundo, de manera que un niño le compra igual de bien que cualquier otra persona. Se es, así pues, servido honradamente, sólo que esto no basta, ni con mucho, para creer por ello que el comerciante se haya conducido así por deber y principios de honradez, pues su provecho lo exigía; que además tuviese una inclinación inmediata a los compradores, para, por amor, por así decir, no dar preferencia en el precio a uno sobre otro, no se puede suponer aquí. Así pues, la acción no había sucedido ni por deber ni por inclinación inmediata, sino meramente con un propósito interesado. En cambio, conservar la propia vida es un deber, y además todo el mundo tiene una inclinación inmediata a ello. Pero, por eso, el cuidado, frecuentemente medroso, que la mayor parte de los hombres pone en ello no tiene valor interior, ni la máxima del mismo contenido moral. Preservan su vida con cambio, si las contrariedades y una congoja sin esperanza han arrebatado enteramente el gusto por la vida, si el desdichado, de alma fuerte, más indignado con su destino que apocado o abatido, desea la muerte y sin embargo conserva su vida, sin amarla, no por inclinación o miedo, sino por deber: entonces tiene su máxima un contenido moral.”. KANT, Immanuel, “Fundamentación para una metafísica de las costumbres”, Óp. cit., p.398-399.

⁵⁹⁸ La palabra naturalismo la toma como sinónimo de materialismo.

⁵⁹⁹ Esta palabra la entiende también como contextualismo.

forma concluyente la objetivación de los valores, hace que existan diferentes realidades éticas de carácter objetivo.

3.1. Resumen y consideraciones

Putnam sobre la base de postulados de Korsgaard, refiere que sin el léxico de los valores no existe posibilidad de expresar una norma y que el relativismo de los valores implica una afectación de la norma. Usa a Apel para efectos de plantear que en ese contexto la indefinición de la discusión y el conocimiento de los deberes para el que interactúa en ese contexto, por ello, la idea de no-verificabilidad, no es en absoluto una razón para afirmar que tales enunciados no sean ni verdaderos, ni falsos, pues es necesario conocer los deberes.

Señaló que cuando se logran acuerdos en el marco de la ética discursiva, el concepto ético denso implica la dualidad valorativa y descriptiva, lo cual proscribía la neutralidad de las descripciones en términos de discurso de lo físico en las ciencias naturales, pero no lo hace ilegítimo. Formula que los conceptos densos no pueden fragmentarse en descripciones y evaluaciones por separado, dado que sin bien no todos los enunciados de conceptos éticos densos son absolutamente válidos, sí se puede hablar de enunciados verdaderos o falsos, pero dependerá del contexto o el espacio social en donde se emitió, para efectos de esa evaluación. De ahí que no acepte la universalidad de Habermas.

Para que sea ideal en términos Habermasianos el debate, no es suficiente con cumplir las reglas de la ética discursiva, sino que se debe escuchar a aquellos que no se expresan, pues los que carecen de esas habilidades pueden ser susceptibles de manipulación. De ahí que, su posición falibilista presente que no es posible universalizar o determinar de forma concluyente la objetivación de los valores, pues

existen diferentes realidades éticas de carácter objetivo, es decir, valores locales de espacios sociales particulares que afectan a la validez deóntica Habermasiana.

Habermas, por su parte, considera que Putnam es un pragmatista con una contextura Kantiana pragmática⁶⁰⁰. Piensa que Putnam aborda la formulación de lo transcendental a partir de la lingüística con un marcado realismo. Entiende que los sujetos aspiran a la autonomía a partir de la razón, pero, no llega a la conclusión de la autoridad racional, sin separar la razón del conocimiento de la realidad (Razón teórica) y de la razón que direcciona la conducta (razón práctica)⁶⁰¹. Se aparta de la validez deontológica de los juicios morales, de manera que no atribuye ésta al deber ser.

Señaló que para Putnam los intereses y valoraciones de lo que apreciamos de las cosas, no está separado del canon normativo de los hechos. Las proposiciones empíricas axiomáticas que son verdaderas tienen la condición inherente al contenido de valor, por lo tanto carece de sentido pensar que los juicios evaluativos de valores carecen de verdad o falsedad. Respecto de la autonomía, considera que es más una guía que permite reflexionar sobre la vida, en lugar de leyes autoimpuestas (visión Kantiana).

Considera que la posición de Apel respecto de la verdad es una equiparación de aquello que se acordaría en el límite de toma de decisión continuada indefinidamente, en escenarios idóneos, donde se identifica la comunidad de “todos los afectados”; lo que para Habermas se solventaría y coagularía a través de la ética del discurso (es el método idóneo para descubrir la validez universal). Una visión minimalista

⁶⁰⁰ El pragmatismo Kantiano, se puede entender desde la pregunta ¿qué es el hombre? A partir del conocimiento del hombre desde lo que puede hacer éste realmente, no desde la consideración de la razón práctica, es decir, es una lectura de la realidad. Kant ejemplificaba esto con la realidad de la libertad real del hombre y la mujer.

⁶⁰¹ La “*Crítica de la Razón Pura*” y la “*Crítica de la Razón Práctica*” son grandiosos trabajos Kantianos. En ellos no se postula razones distintas o escindidas, sino que presentan dos usos diferentes de la unívoca razón. De un lado, tenemos la razón que nos abre el portal para conocer la realidad a través de la fundamentación de los juicios (descripción); de otra parte, tenemos el uso práctico, el cual es un derrotero de la conducta, mediante la aplicación de los imperativos categóricos (mandatos).

como la de Williams propenderá por pretensiones (relativamente válidas) respecto de valores en el lenguaje denso, pues cada contexto social posee una validez diferente.

Putnam considera que la concepción de verdad de Pierce y Apel es equivocada. Para efectos de sostener esta tesis, se introduce en la diferenciación entre antirrealismo⁶⁰² y realismo. Con dicho ejercicio busca desvirtuar y abjurar del antirrealismo. Resaltó éste como error propio. La pragmática trascendental, es entendida como elaboración de consecuencias⁶⁰³, ya que ahora acepta la existencia de imposibilidades para verificar algunos enunciados, lo cual no da lugar a designarlos como verdaderos o falsos.

Para el caso de la ética, recuerda que en este campo se ha insistido en que los deberes son cognoscibles, de manera que si no se conocen estos deberes, no serían deberes apropiables. Sin embargo, Putnam rechaza esta tesis, porque, según él, sólo se restringe a las afirmaciones de orden ético y esto mismo, entre otras cosas, sólo se podría gestar en condiciones idóneas donde exista una prolongada discusión.

Una discusión ideal es un escenario, en el cual todos aquellos que participan de ella operan mediante la norma de la acción comunicativa, cuyos elementos implican que la justificación de una posición se presente con verdad o sinceridad, el destierro de manipulaciones y el predominio de la fuerza del argumento, de manera que la verdad sea fruto de un consenso ideal.

⁶⁰² Se basa en una de las concepciones antirrealistas de la verdad, la cual dice que “...es metafísicamente imposible que pueda haber cualesquiera verdades que sea verificable por los seres humanos” Aquí la verdad se circunscribe a los límites de las capacidades de verificación de las personas. PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. “Normas y valores”, Óp. cit. p.64.

⁶⁰³ La verdad identificada a través de la aceptabilidad racional idealizada. Señala Putnam que Apel considera que el problema de la argumentación racional se basa en la validez de las normas universales. Según Apel algo que se no puede negar sin cometer una autocontradicción en el momento presente y, al mismo tiempo, algo que puedo justificar deductivamente sin incurrir en una *petitio principii* lógico-formal es algo que pertenece a aquellas presuposiciones pragmático – trascendentales de la argumentación que se tiene que haber reconocido siempre para que el Juego de lenguaje de la argumentación pueda conservar su sentido. *Ibidem*, p. 66.

A pesar de que Putnam comulga con el contenido del párrafo anterior, postula que así se obtenga un resultado “x” de una discusión ideal ética y suficientemente prolongada, no existe garantía de que inequívocamente ese “x” conduzca a lo correcto. Cuestiona la posibilidad de que las personas estén siempre en la posibilidad de discutir constantemente. Para apoyar este punto invoca una consideración de las *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein, donde se trae a colación un ejemplo relacionado con que, si alguien está en la realidad del enamoramiento, se puede estar en lo correcto sin que se haya podido convencer al otro de eso. Entonces, según Wittgenstein, no es probable llegar a un acuerdo al respecto, pero podría llegar a ser correcto, pues algunas personas poseen más conocimiento sobre la conducta humana que otras, por lo que no se puede reducir a reglas. La lógica no puede formalizar con pretensión de universalidad ciertas emociones puesto que algunas de éstas tienen sólo significado y sentido dentro de las convenciones de un grupo de actores.

Para finalizar, aunque la teoría del derecho de Dworkin no separe lo prescriptivo de lo evaluativo, el aspecto prescriptivo tiene una fuerte carga deontológica, ya que estos aspectos se rigen más por una idea Kantiana de imperativo y desenvolvimiento de rol institucional que por una mera acción de neutralidad por tener la carga prescriptiva, que es lo que anota Putnam. La objetividad de Dworkin parece estar más cercana a la idea de Habermas, pues el apoyo final de la justificación está en el valor institucional de los principios derivados del proceso democrático⁶⁰⁴ de la comunidad política⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ “Cuando Dworkin habla de esos argumentos concernientes a principios, que se aducen para la justificación externa de decisiones judiciales, lo que Dworkin tiene a la vista en la mayoría de los casos son principios jurídicos que resultan de la aplicación del <<principio de discurso>> al código que el derecho representa. El sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho se debe, sin duda, a la razón práctica, pero primariamente en la forma especial que ésta reviste en el principio democrático. El contenido moral de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de derecho se explica también porque las normas fundamentales del derecho y la moral, en las que subyace un mismo principio de discurso, se solapan en lo que a contenidos se refiere.”. HABERMAS, Jürgen, “Facticidad y validez”, *Op. cit.*, p. 276.

⁶⁰⁵ “Cualquiera sea la interpretación que se dé a la relación que Dworkin establece entre derecho y moral, su teoría de los derechos exige una comprensión deontológica de las pretensiones jurídicas de validez. Con ello

4. John Bordley Rawls

Dworkin en su texto *Justicia con Toga* confiesa la congruencia de sus ideas con las de Rawls⁶⁰⁶, también exalta su defensa por la objetividad, entendida como una construcción sistemática, que coherentemente une los hechos provisionales (como que la esclavitud es injusta) con los conceptos y principios tras una menuda y debida reflexión, donde los últimos en forma razonable rechazarán en la etapa de la posición original conductas que proscriban la libertad e igualdad⁶⁰⁷. Dworkin señaló que la icónica labor de los grandes filósofos como Rawls o Kant da lugar a la apropiación mediante la interpretación, de ahí que cada uno de nosotros tenga una versión propia de estos iconos filosóficos.

Dworkin consideró a Rawls como un filósofo del derecho, pues, según él, Rawls realizó aportes más allá de la filosofía política, en particular en la teoría jurídica, la cual es considerada por ellos como un departamento de la filosofía política. En este orden de ideas, la doctrina de la razón pública de Rawls da piso o condición de lo correcto al respeto de las decisiones que deben emitir las entidades públicas; en especial los jueces, pues éstos están obligados a justificar sus decisiones con los argumentos correctos. La razón pública fundamenta una perspectiva de razonamiento judicial. No obstante, lo importante está dado por las circunstancias que dan lugar a una proposición jurídica verdadera. Allí está el campo de disputa entre juristas, ya que existen muchas teorías del derecho que pretenden hacerse con la verdad.

Dworkin rompe el círculo en el que la hermenéutica jurídica queda atrapada con su recurso a topo históricamente acreditados de un ethos recibido mediante tradición. Dworkin da al planteamiento hermenéutico un giro constructivista. Partiendo de una crítica del positivismo jurídico, en especial de una tesis de neutralidad (a) y de la suposición de un sistema jurídico autónomamente cerrado (b), Dworkin desarrolla su idea metodológica de <<interpretación constructiva>> (c).". Ibidem, pp. 276-277.

⁶⁰⁶ DWORKIN, Ronald, "La justicia con toga", Óp. cit., p. 284.

⁶⁰⁷ RAWLS, John, "Liberalismo Político", 1 ed elect, México: Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 101-103.

El equilibrio reflexivo parece dar luces para superar razonablemente las diferencias varias y diversas de las posiciones de las personas respecto de la verdad o falsedad, o respecto de lo justo o injusto; la tarea del equilibrio reflexivo busca hallar principios generales que den el carácter correcto a los juicios a través de una interpretación basada en ideales comunes y abstractos de justicia⁶⁰⁸ cuyo carácter y valor de legalidad estará justificado por la moralidad política.

Esta tradición abreva en el contractualismo, el cual ha evolucionado y ha buscado definir la fundamentación de la sociedad desde la organización política. El estado de naturaleza como contexto desprovisto de normatividad y orden, dará lugar a la necesidad de acordar condiciones para satisfacer o preservar intereses comunes. Recordando a Thomas Hobbes, tenemos que éste proscribe la metodología de la antigüedad (*sabiduría y justo medio*). En su lugar, postulará que “...la política se basa en la ciencia que crea más y más poder, y que lo hace promoviendo el saber hacer y el saber poder”⁶⁰⁹. Asimismo, del examen mental, donde se establece un contexto de estado de naturaleza movido por pasiones, deduce tres pasiones que generarán colisión entre unos y otros (el miedo, la desconfianza y la competencia), las cuales se pueden soldar a la conservación de la propia vida⁶¹⁰.

Hobbes también dirá que por medio del *cálculo de las pasiones* se determinará la primera Ley Natural, la “Paz”; así como la segunda Ley Natural, el “*Contrato social*”. Estas dos permitirán convivencia y la conquista de la conservación del Estado (*existencia de poder físico y legal*) y la vida⁶¹¹ bajo un proceso calculado racionalmente de la coerción de la libertad y la garantía de la seguridad⁶¹². Mientras

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald, “*La justicia con toga*”, Óp. cit., p.268.

⁶⁰⁹ ROLDÁN, Ciro y OTROS, *Introducción al pensamiento político de Thomas Hobbes en Estudios de Filosofía Política*, 1 ed, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 127.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 129.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 130.

⁶¹² En relación pertinente se referencia el siguiente aparte del trabajo del profesor Ciro: “*En HOBBS se unen, como venimos diciendo, el absolutismo, caracterizado por la unidad, indisolubilidad e irreversibilidad del poder, así como por la conjunción en la soberanía del poder físico y el poder legal, y el liberalismo político, cuya esencia es la protección y promoción de las libertades individuales. La presencia del absolutismo, no obstante, lo que parezca, no es arbitraria, puesto que él es la condición para garantizar que nunca se retorne al estado de anomia*”

que John Locke se referirá al estado de naturaleza⁶¹³ como “...*un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre*”⁶¹⁴. Asimismo, nuestro autor añadirá el componente de la igualdad a dicho estado, pues toda jurisdicción y poder son equitativos, y todo hombre tendrá derecho a instrumentalizar las ventajas naturales para conservarse. Respecto del acuerdo⁶¹⁵, agregará que “*el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica,*

inicial. Porque lo peor que les puede suceder a los seres humanos es la guerra; la peor de las condiciones humanas es la del combate a muerte unos contra otros. Y la mera amenaza permanente de muerte violenta es ya un gran mal, pues el estado de naturaleza no consiste, como dice HOBBS, solamente en que haya lluvia, sino en que amenace permanentemente la lluvia. Para evitar esa amenaza permanente es para lo que está el absolutismo en la filosofía política de HOBBS. Pero él es, también, ya lo indicamos, el más grande defensor de los derechos individuales y, particularmente, del derecho a la vida como el primero y más fundamental de todos ellos. HOBBS es, en consecuencia, a la vez fundador del liberalismo y el absolutismo; pero además es el innovador del derecho natural y podría decirse también que el creador de los derechos humanos –el derecho a la vida y a la dignidad de la vida particularmente—, siendo a la vez el primero en hablar del derecho a la desobediencia civil. Desde cualquier punto de vista puede decirse, sin duda, que nos encontramos ante uno de los máximos representantes de la revolución de la Modernidad.” Ibídem, p. 135-136.

⁶¹³ “Aquí tenemos la clara diferencia entre el estado de naturaleza y el estado de guerra; y a pesar de que algunos los han confundido, se diferencian mucho el uno del otro. Pues el primero es un estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación, mientras que el segundo es un estado de enemistad, malicia, violencia y mutua destrucción. Propiamente hablando, el estado de naturaleza es aquel en el que los hombres viven juntos conforme a la razón, sin un poder terrenal, común y superior a todos, con autoridad para juzgarlos.” LOCKE, John, “Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil”, 1 ed, Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya), 2006, pp. 24-25.

⁶¹⁴ Ibídem, p.10.

⁶¹⁵ Respecto del objeto del acuerdo, Locke manifestará que “Pero como el gobierno no tiene una jurisdicción directa sino sobre la tierra, y únicamente afecta al propietario (antes de que éste se haya incorporado derecho a la sociedad) en cuanto que dicho propietario reside en esa tierra y la disfruta, ocurre que la obligación bajo la que uno está, por causa de ese disfrute, de someterse al gobierno empieza y termina con el disfrute mismo. De manera que cuando el propietario -el cual se ha limitado a dar un consentimiento tácito de sumisión al gobierno- se deshace de su propiedad mediante cesión, venta, u otro procedimiento, está ya en libertad de incorporarse al Estado que desee, y tiene también la libertad de acordar con otros hombres la iniciación de un nuevo Estado in vacuis locies, es decir, en cualquier parte del mundo que esté desocupada y no sea poseída por nadie. Mas aquel que, por virtud de un acuerdo formal y de una declaración expresa, ha dado ya su consentimiento para ser miembro de un Estado estará perpetua, indispensable e inalterablemente obligado a continuar siendo súbdito del mismo; y no podrá ya volver a vivir en la libertad propia del estado de naturaleza, a menos que el gobierno al que está sometido se disuelva por causa de alguna calamidad, o que él mismo cometa un acto público que lo separe de dicho gobierno y no le permita formar parte de él por más tiempo.” Ibídem, p.121.

*disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad.”*⁶¹⁶

Por su lado, Jean Rousseau nos referirá que el estado de naturaleza⁶¹⁷ es apenas un paso para llegar al estado civil, donde los instintos y pasiones se subrogan por la *moral inspirada en la justicia*⁶¹⁸. Al respecto del contrato social, Rousseau planteará a modo de balance que el hombre al someterse al pacto pierde su libertad natural y la posibilidad de hacer lo que le apetece, pero a cambio gana libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. El origen del pacto se encuentra en la necesidad de conservación, y en estricto sentido consistirá en que *“cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo”*⁶¹⁹.

Por su lado, John Rawls fijará como objetivo de su teoría de la justicia⁶²⁰ en el *“...generalizar y llevar a un más alto nivel de abstracción la tradicional doctrina del contrato social”*⁶²¹. Anotará que su teoría busca alejarse del utilitarismo y proscribir cualquier adoctrinamiento moral. Pondrá su teoría en el campo de la filosofía política en términos de razonabilidad, con la cual fijará la *justicia como imparcialidad* o una base procedimental idónea para la formación de instituciones dentro de sociedades democráticas y ordenadas⁶²².

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁶¹⁷ *“Para no equivocarse en estas complicaciones es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general, y la posesión, que no es sino el efecto de la fuerza o el /derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundarse sino sobre un título positivo.”* ROUSSEAU, Jean, *“contrato social”*, 5 ed, Editorial espasa-calpe, 1990, p. 50.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁶²⁰ *“Al decir que una concepción de la justicia es política, también me refiero a tres cosas (1:2): que se ha formulado para aplicarse exclusivamente a la estructura básica de la sociedad, a sus principales instituciones políticas, sociales y económicas, como un esquema unificado de cooperación social, que se presenta independientemente de cualquier doctrina comprensiva, religiosa o filosófica, y que se elabora en términos de ideas políticas fundamentales, consideradas implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática.”* RAWLS, John, *“Liberalismo Político”*, 1 ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 213.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 10.

⁶²² Ver: *Ibidem*, p 11.

De igual modo, recordemos su planteamiento sobre los principios⁶²³ que regulan las instituciones; a saber, “a) *la garantía del valor justo de las libertades políticas, de tal manera que éstas no sean meramente formales; b) una justa (y tampoco puramente formal) igualdad de oportunidades, y por último, c) el llamado [principio de diferencia], que prescribe que las desigualdades sociales y económicas inherentes a los cargos y puestos tendrán que ajustarse de manera que, cualquiera que sea el grado de tales desigualdades, sea grande o pequeño, habrán de redundar en el mayor beneficio de los integrantes menos privilegiados de la sociedad*”⁶²⁴.

Rawls dirá que la distinción entre lo razonable y lo racional forma un canon esencial de la posición original donde lo razonable se antepone a lo racional. Su teoría propende por las condiciones razonables, es decir, *adecuadas o apropiadas* como cimientos de los principios de la justicia. Dichas condiciones se imputan a las partes en el contexto de la posición original, pero el proceder tiene la característica de deber ser razonable, pues esto que les da prioridad a los derechos⁶²⁵.

En estricto sentido, las diferencias entre lo racional y lo razonable, se reflejan según Rawls, en la distinción entre imperativo categórico e hipotético⁶²⁶, pues un sujeto razonable tendrá observancia de las consecuencias de sus actos para beneficio de las demás personas. Una persona razonable no permitirá que sus propósitos

⁶²³ “Ahora bien, resulta esencial que una concepción política liberal incluya, además de sus principios de la justicia, directivas de indagación que especifiquen maneras de razonar y ciertos criterios en cuanto a las clases de información pertinentes en materia política. Sin tales guías y directivas, los principios sustantivos no podrán aplicarse, y así la concepción política quedará incompleta y fragmentaria. Por consiguiente, tal concepción consta de dos partes: a) primera, los principios sustantivos de justicia para la estructura básica, y b) segunda, las directivas de indagación: principios de razonamiento y reglas de evidencia a la luz de las cuales los ciudadanos tendrán que decidir si se aplican adecuadamente esos principios sustantivos, e identificarán las leyes y las políticas que mejor los satisfagan.” *Ibidem*, p. 213.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁶²⁵ RAWLS, John, “*Liberalismo Político*”, *Óp. cit.*, p. 48.

⁶²⁶ RAWLS, John, “*Las capacidades del ciudadano y su representación*”, Chile: Centro de Estudios Públicos, 1994, p.173.

individuales los gobiernen, sino que procurará por la virtud del razonar común (la idea de un sistema imparcial o justo de cooperación)⁶²⁷.

Por otro lado, una persona racional responde a sus fines individuales, de manera que su inteligencia se instrumentalice para alcanzarlos, “...resuelven participar en determinados esquemas cooperativos, pero no están dispuestos a respetar, o siquiera a proponer —salvo como un pretexto necesario a nivel público—, ningún principio o criterio general para especificar los términos justos (fair) de cooperación. Y están prestos a violar dichos términos en función de sus intereses, cuando las circunstancias lo permitan.”⁶²⁸.

Ahora bien, la representación de la justicia desde lo público es una noción moral. Por lo tanto, debe ser aceptada y asumida por motivos morales —no estratégicos— derivados del uso público de la razón⁶²⁹. Rawls fijará una distinción entre un ámbito de lo público, en el que los ciudadanos persiguen la realización de los fines de la sociedad, “y otro, aparentemente mucho más vigoroso, de una sociedad civil en la que los individuos establecen sus más íntimas relaciones de afinidad e interés inmediato, perteneciendo a diferentes asociaciones —Iglesias, universidades, clubes, asociaciones profesionales, etc.— y persiguen su propia concepción del bien o sus planes de vida dentro de las condiciones generales definidas y aceptadas por todos”.⁶³⁰

⁶²⁷ “Los individuos razonables, podemos decir, no actúan movidos por el bien general en sí, sino que anhelan, por su propio bien, un universo social en el que ellos mismos, como individuos libres e iguales, puedan cooperar con otros en términos que todos puedan aceptar. E insisten en que la reciprocidad debiera regir al interior de ese universo de modo que cada uno se beneficie junto con los demás.” *Ibidem*, pp.173-174

⁶²⁸ “Lo racional es, con todo, una idea distinta a lo razonable y se aplica a un agente singular, unificado (ya sea un individuo o una entidad corporativa), con facultades de discernimiento y deliberación en la búsqueda de sus fines e intereses particulares. Lo racional se refiere a la forma en que se asumen y afirman tales fines e intereses, y también a la forma en que se les concede prioridad. Se aplica a la vez a la elección de los medios, caso en el cual se guía por principios tan conocidos como el de adoptar los medios más efectivos para alcanzar tales fines o el de escoger la alternativa más probable, cuando todos los demás elementos permanecen inmutables.” *Ibidem*, p.175.

⁶²⁹ HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, “*Debate sobre el liberalismo político*”, 1 ed. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998, p. 20.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 27.

Los ciudadanos responderán a los intereses justos bajo principios consensuados⁶³¹, los cuales alinearán y legitimarán las instituciones mediante el uso de la razón pública⁶³². Partiendo de un procedimiento neutral asumido como un imperativo categórico incorporando principios de igualdad y libertad en las condiciones de participación⁶³³.

La razón abrigada por una moral intelectual y fundada en principios⁶³⁴ e ideales de la justicia política sienta las condiciones para que una sociedad justa y ordenada formule la planeación, la priorización y decisiones en un contexto político. Particularmente, es una característica de sociedades democráticas y un bien de los ciudadanos (un ideal de un régimen constitucional y democrático), que se ejercita por la ciudadanía⁶³⁵ en condiciones de igualdad y libertad como una fuerza coercitiva y final ante las instituciones⁶³⁶ respecto de *elementos constitucionales esenciales*⁶³⁷ (también es una forma de legitimar las instituciones). En este contexto

⁶³¹ Nuestro autor dirá que el ejercicio del poder político es correcto solamente “cuando se ejerce de acuerdo con una constitución, la aceptación de cuyos elementos esenciales por parte de todos los ciudadanos, en tanto que libres e iguales, quepa razonablemente esperar a la luz de principios e ideales admisibles para su común razón humana”, *Ibidem*, p. 42-43.

⁶³² *Ibidem*, p.46

⁶³³ Entonces, la razón pública se limitará a la participación y cooperación de la justificación y legitimación de las instituciones y la estructura básica de la sociedad.

⁶³⁴ Respecto de la división de los principios políticos se referencia el siguiente aparte: “a) *La primera clase — los de la justicia política— son valores que forman parte de los principios de justicia para la estructura básica: los valores de la libertad política y civil igual para todos; la igualdad de oportunidades; los valores de la igualdad social y de la reciprocidad económica, y podemos añadir los valores del bien común en tanto que condiciones necesarias para todos estos valores. b) La segunda clase de valores políticos —los valores de la razón pública— forman parte de las directrices para la indagación pública que convierten esa indagación en libre y pública. También se incluyen en esta clase ciertas virtudes políticas, como la razonabilidad y la disposición de acatar el deber (moral) de la civilidad que, como virtudes de los ciudadanos, contribuyen a hacer posible la discusión pública razonada de las cuestiones políticas.*” RAWLS, John, “*Liberalismo Político*”, *Óp. cit.*, p. 214.

⁶³⁵ “...se aplica a los militantes de los partidos políticos, a los candidatos en sus campañas y a otros grupos que los apoyan. También se aplica a la manera en que los ciudadanos han de votar en las elecciones cuando están en juego los elementos constitucionales esenciales y los asuntos de justicia básica.”. *Ibidem*, p. 206.

⁶³⁶ “Como ya he señalado, la democracia implica una relación política entre ciudadanos dentro de la estructura básica de la sociedad, en el seno de la cual han nacido y en la que normalmente transcurre toda su vida; implica, además, una participación igual en el poder político coercitivo que ejercen los ciudadanos unos sobre otros al votar y por otros medios.”. *Ibidem*, p. 208.

⁶³⁷ Son de dos clases: “a) *principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político: los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial; el alcance del gobierno de la mayoría, y b) derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa ha de respetar: por ejemplo, el derecho a votar y a participar en la política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como las protecciones del estado de derecho. Estos elementos integran una historia muy compleja; sólo quiero sugerir lo que significan. No obstante, existe una diferencia importante entre los elementos constitucionales agrupados en el inciso a) que especifican la estructura general de gobierno, y el proceso político*

se discute quién tiene derecho a votar, o qué religiones se habrán de tolerar, o a quién se asegurará la igualdad de oportunidades, o la tenencia de propiedades, también cómo y qué norte deben seguir los operadores jurídicos, ya que estos últimos constituyen un interés especial para la razón pública.

Es así como el ideal de razón pública también se aplica a los servidores públicos, ya sea cuando el legislativo se manifiesta en el espacio del congreso o cuando el ejecutivo se expresa mediante sus actos administrativos o en especial cuando la corte con la jurisdicción constitucional hace control de constitucionalidad (ésta debe explicar y justificar sus decisiones)⁶³⁸.

Para nuestro autor, lo relevante respecto de la razón está en que los miembros de la sociedad conduzcan y defiendan sus posiciones dentro de discusiones trascendentales o fundamentales en consideración de la buena fe y la libertad frente a su concepción política de la justicia, pero siempre en términos de razonabilidad. De ahí la importancia y responsabilidad de que los jueces en sus decisiones judiciales busquen integridad bajo fuentes justificativas que abrevan en la razón pública. Esta razón pública ha sido desarrollada por los filósofos, para el arribo de un equilibrio reflexivo, es decir, la fijación de principios generales aplicables a juicios concretos a través de la interpretación.

Podemos resaltar que Dworkin acoge un sendero deontológico, el cual está erigido por cimientos políticos que rechazan la metafísica⁶³⁹. El consenso entrecruzado soportara los principios que se acordaron en la deliberación, con lo cual el juez Dworkiniano determinará la respuesta correcta. Pero la forma en que llegará el juez a la respuesta correcta no implica un método apodíctico o descriptivo, sino que

y sus elementos esenciales en el inciso b), que especifican los derechos y las libertades básicas de los ciudadanos.”. *Ibidem*, p. 205.

⁶³⁸ *Ibidem*, p.207.

⁶³⁹ MURPHY, Cornelius, “*Descent into subjectivity: studies of Rawls, Dworkin, and unger in the context of modern thought*”, *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, Vol. 35, p, 253-254.

implicará una forma constructiva e interpretativa donde los límites a la libertad de cada uno son, a fin de cuentas, los límites de nuestra razón, es decir, *“a su desarrollo y a su educación, a sus conocimientos e información, y al alcance de nuestros actos en que puede expresarse, y por tanto, nuestra libertad depende de la naturaleza, de la índole del contexto institucional y social de nuestro entorno”*⁶⁴⁰.

Por último, en el siguiente aparte podremos rastrear la inspiración de Dworkin en el trabajo de Rawls para efectos de plantear la posibilidad de respuestas correctas sobre la base de la coherencia y la justificación con argumentos de principio, donde la discrecionalidad debe ser atajada por los principios:

“El imperio de la ley implica también el precepto de que casos similares han de tratarse de modo similar. Los hombres no pueden regular sus acciones por medio de normas si no se sigue este precepto. Desde luego, esta idea no nos lleva muy lejos, ya que debemos suponer que los criterios de semejanza vienen dados por las propias normas legales y por los principios utilizados para interpretarlas. No obstante, el precepto de que se den decisiones iguales en casos iguales limita en gran parte la discrecionalidad de jueces y autoridades. El precepto los obliga a justificar las distinciones que hacen entre las personas, por referencia a las normas y a los principios jurídicos procedentes. En cualquier caso, particular, si las normas son complejas y necesitan interpretación, puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero como el número de casos aumenta, se hace más fácil justificar los juicios tendenciosos. La exigencia de estabilidad se mantiene para la interpretación de todas las normas y para las justificaciones a todos los niveles. Con el tiempo, los argumentos razonados para justificar juicios discriminatorios se vuelven más difíciles de formular y las pretensiones de estos argumentos son menos persuasivas. Este precepto se mantiene también en los casos de

⁶⁴⁰ HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *“Debate sobre el liberalismo político”*, Óp. cit., p. 212-213.

equidad, es decir, cuando se ha de hacer una excepción porque la norma establecida produce una injusticia imprevista. Pero con esta condición: como no hay una línea clara que separe estos casos excepcionales, llegamos a un punto, como ocurre en los casos de interpretación, donde casi cualquier diferencia crea un conflicto. En esos casos se aplica el principio de decisión autoritaria y basta el peso del precedente o del veredicto anunciado”⁶⁴¹.

4.1. Resumen y consideraciones

Dworkin es confeso seguidor de Rawls, él incorporó a su trabajo elementos vitales para el desarrollo de la tesis de la respuesta correcta y las condiciones de objetividad de esta. Los principios de justicia de Rawls edificarán los criterios de la razón pública para efectos de orientar las decisiones judiciales, pues los jueces están obligados a justificar sus decisiones con argumentos correctos. El criterio rector estará dado por los ideales comunes y abstractos coagulados, mediante el ejercicio del equilibrio reflexivo que darán lugar al fruto de la moralidad política.

La formación de instituciones imparciales en los términos de Rawls apoyará la idea Dworkiniana de que es necesario el contexto de la democracia para efectos de considerar la posibilidad de respuestas correctas, pues instituciones con una base procedimental imparcial, que tengan como fin la justicia darán el espacio para priorizar los derechos de la gente, bajo un trato igual. En este sentido los intereses como sociedad estarán alineados a los de las instituciones, a través del uso de la razón pública, es decir, un procedimiento neutral incorporado como un imperativo categórico.

La legitimidad de las instituciones en virtud de la razón pública permitirá concebir un nivel superior de los servidores públicos, pues en el caso de los operadores jurídicos

⁶⁴¹ RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, Óp. cit., p. 228.

estos deberán justificar sus decisiones, con lo cual se ataja la discrecionalidad. Lo valioso de los elementos Rawlsianos se encuentra en que la forma en que el juez resuelve un caso difícil es la forma en que llega a la respuesta correcta, dado que exige más allá de visiones apodícticas.

Finalmente, la interpretación guiada por principios limitará el autoritarismo y, permitirá decisiones iguales a casos iguales. Esta última condición minará el camino para la estabilidad y el uso de argumentos razonados para justificar cambios o el mantenimiento de la posición, de manera que el precedente tendrá un peso importante en garantía del derecho al trato igual, completándose así un contexto democrático que goza de imparcialidad.

5. Willard Van Orman Quine

De acuerdo con el profesor Bonorino, es evidente la cercanía entre el planteamiento de Quine y Dworkin con relación a una visión holística de la interpretación, en el sentido de que ambos consideran que todas nuestras creencias forman un sistema interrelacionado, donde ninguno de sus elementos está exento de revisión. Asimismo, nuestras teorías y conceptos se presentan a la experiencia como un todo⁶⁴². En el famoso artículo dos dogmas del empirismo, Quine plantea que la idea de la unidad de significación empírica es el todo de la ciencia, de ahí que la totalidad de las creencias o el conocimiento sea cosecha del hombre, ya que no está en contacto con las experiencias más que en sus lados, por lo tanto, es erróneo hablar de enunciados con contenido empírico o sintéticos, pues estos pueden terminar siendo analíticos con los reajustes, dado que no hay enunciado inmune a la revisión⁶⁴³.

⁶⁴² BONORINO, Pablo, "*Dworkin*", 1 ed, Perú: Ara Editores, 2010, p. 227.

⁶⁴³ QUINE, Willard, "*Desde un Punto de Vista Lógico*", 1 ed, Barcelona: Paidós Ibérica, 2002, pp. 86-87.

Pero ¿cuál es el porqué de que se denomine holistas a Quine y a Dworkin? Al respecto se debe anotar que estos consideran que por sí solas las oraciones no poseen un significado, pues ellas se encuentran generalmente apoyadas en teorías en las que está afiliadas⁶⁴⁴. Asimismo, la teoría holista es bautizada así, en oposición a las teorías que aprueban que cada oración tiene significado independiente de la teoría a la cual pertenece (atomismo). Por su lado el holismo de Quine considera que los significados de las oraciones son interdependientes; en consecuencia, lo que lleguen a significar dependerá y se apoyará en la teoría que esté afiliado, la cual es susceptible de revisión. Incluso las leyes físicas, que podrían señalarse de núcleo, pueden cambiar⁶⁴⁵.

Con respecto al caso concreto de Dworkin, éste se encuentra en el mismo campo, pues las proposiciones del derecho son interpretaciones de la historia judicial, lo cual combina elementos de la descripción y de la prescripción que se enfilan a una teoría del derecho que las justifica⁶⁴⁶. Esta justificación a partir del holismo apela a condiciones simétricas de inferencia; es decir, que la coherencia es el factor que se impone para desarrollo de la mejor posible asunción de posición guiada por la moral política.

A través de Quine, Dworkin plantea el problema del escepticismo en la interpretación cuando su última obra⁶⁴⁷ trae a colación el ejemplo de la traducción de los manuales, en donde se puede configurar diferentes interpretaciones entre sí, dado que se configuran con una diversidad asimétrica, aunque compartan paridad en el uso del lenguaje⁶⁴⁸. Este punto es importante para recordar el reclamo de

⁶⁴⁴ BONORINO, Pablo, "Dworkin", Óp. cit., pp. 228-229.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 229.

⁶⁴⁶ DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Óp. cit., p. 98

⁶⁴⁷ DWORKIN, Ronald, "Justicia para erizos", Óp. cit., p. 147.

⁶⁴⁸ "Los manuales para traducir un lenguaje a otro pueden configurarse de maneras divergentes, todas ellas compatibles con la totalidad de las disposiciones del habla, pero incompatibles entre sí. En innumerables lugares divergirán al proponer, como sus traducciones respectivas de una oración de un lenguaje, oraciones del otro lenguaje que no guardan unas con otras ningún tipo posible de equivalencia, por vaga que sea... La ontología

Dworkin relacionado con la coherencia en el campo de las críticas, ya que muchos de sus detractores no entienden el reclamo a partir de la filosofía moral⁶⁴⁹.

Asimismo, alude Dworkin que el postulado escéptico de Quine puede invitar a negar la posibilidad de una respuesta correcta, y en su lugar fijar posibilidades de respuestas diferentes, lo cual es apresurado, pues recordando a Davidson, con relación al principio de caridad y coherencia, tanto el objeto de interpretación, como los intérpretes son susceptibles de usar el mismo tipo de razonamiento o lógica, el cual aspira en lo básico a que sus creencias sean verdaderas. Dworkin rechaza tajantemente la incertidumbre y combate la indeterminación resaltando que aunque existan varios paquetes de información derivados de diferentes teorías, es posible a través de estrategias de interpretación reducir y atajar dicha indeterminación hasta hallar la respuesta, ya que tal y como lo señalaba Quine, se está frente interpretaciones igualmente buenas que “...no guardan unas con otras ningún tipo posible de equivalencia...” o simetría en cuanto la coherencia⁶⁵⁰.

En este sentido es necesario comprender que el paquete de información entre diferentes dominios no puede ser usado indiscriminadamente para buscar consistencia de argumentos, pues debe existir una coherencia que armoniza y

es en verdad doblemente relativa. Especificar el universo de una teoría sólo tiene sentido relativamente a alguna teoría de fondo, y sólo relativamente a una elección de un manual de traducción de una teoría a la otra. Comúnmente, desde luego, la teoría de fondo abarcará a ésta, y en este caso no se plantea ningún problema respecto a un manual de traducción. Pero después de todo éste es solamente un caso degenerado de traducción—el caso en que la regla de traducción es homofónica. No podemos saber qué es una cosa sin saber cómo está delimitada de las demás cosas. De este modo tal identidad es una con la ontología. En consecuencia, está involucrada en la misma relatividad, como puede ser fácilmente ilustrado.” QUINE, Willard, “La relatividad ontológica y otros ensayos”, 1 ed, Madrid: Editorial Tecnos, 1986, pp. 27, 76.

⁶⁴⁹ “He insistido en que en los casos más difíciles la razón y la imaginación deben buscar las respuestas correctas. Algunos críticos pensaron que me refería a que, en estos casos, una respuesta podía resultar correcta para la satisfacción de todos; sin embargo, desde el principio insistí en que no era eso a lo que hago referencia, el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta. En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué se trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría de derecho que defiende. Afirmando que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho.” DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Óp. cit., p. 12.

⁶⁵⁰ DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p. 149.

fortalece la justificación. Igualmente, la interpretación en un caso determinado necesita del elemento descriptivo y prescriptivo, dado que no existe una separación entre el sujeto y el objeto, pero sí una responsabilidad que es alumbrada desde la moral política, donde este último elemento supera la subjetividad de las creencias.

La interpretación representa en Dworkin un elemento práctico y vital para el desarrollo de sus objetivos a nivel filosófico, pues la misma le da la posibilidad de construir apoyos y justificaciones a las inclinaciones por la verdad y objetividad representadas en la posibilidad de una respuesta correcta. Este interpretar, como una tarea teórica general, implica desarrollar una actividad en cualquier contexto, como la presentación de la mejor justificación posible del objeto materia de esta tarea, con relación coherente al género al cual este atañe⁶⁵¹.

Por otro lado, la versión holista de Dworkin se compromete con el conocimiento de la teoría y el significado, en el sentido de aceptar que una propiedad que es poseída por algo, ese algo a su vez puede hacer parte de otra cosa, como en el caso de un juez. Para considerarse como tal se necesita que éste esté en un campo del cual se predica que hace parte y qué es juez de algo o alguien⁶⁵². Quine considera desde su lectura del holismo que la unidad de significación empírica, inclusive en la ciencia, es el todo. Un símbolo se madura por el uso progresivo que dan lugar a unidades de significación (teorías de conocimiento y lenguaje)⁶⁵³ y no confirmación (evidencia o tautología)⁶⁵⁴, donde el medio de comprobación está dado por el significado o sentido, que a su vez conforma todos los enunciados⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Ibidem, pp.137, 144, 396.

⁶⁵² BONORINO, Pablo, "Dworkin", Óp. cit., pp. 334-336.

⁶⁵³ "Los empiristas en general, y en particular los empiristas lógicos, consideraban que el principio empirista del significado podía servir como criterio de demarcación, esto es como un modo de distinguir tajantemente la ciencia de aquel lenguaje que consideraban carente de significado, sin sentido, como la metafísica, que, si bien parecen decir algo acerca de algo, en realidad no son ni verdaderas ni falsas pues carecen de significado empírico." Ibidem, p. 340.

⁶⁵⁴ QUINE, Willard, "Desde un Punto de Vista Lógico", Óp. cit., pp. 33, 86.

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 81.

En el caso de Dworkin las unidades de significación son las proposiciones jurídicas, las cuales en el campo del derecho se pueden ilustrar, como por ejemplo, cuando un profesional de la medicina es señalado como responsable de los daños que haya causado por negligencia, o cuando en este campo del derecho se dispone que alguien pueda hacer la cesión de sus bienes o derechos a otro. Según nuestro autor, este tipo de proposiciones son "*proposiciones de Derecho*" o jurídicas, diferentes de las relacionadas con una institución social o de normativa en general⁶⁵⁶. En el ejercicio judicial, la comprensión de las proposiciones jurídicas, en cuanto sentido, implica que diferentes operadores jurídicos propongan diferentes posiciones con relación a la descripción o declaración de ciertas relaciones, en especial de derechos y deberes⁶⁵⁷, lo cual implica debatir su verdad o falsedad. En este sentido el fin del ejercicio del derecho es hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas mediante la justificación de una posición en el marco de una valoración, a través de la tradición⁶⁵⁸ y sentido de las proposiciones de los principios morales políticos e instituciones del derecho.

En Dworkin las proposiciones del derecho son interpretaciones de la historia judicial que fusiona la descripción y de la prescripción en el marco de una teoría del derecho justificativa y guiada por la moral política⁶⁵⁹. Allí, las afirmaciones de las proposiciones son controvertidas y los desacuerdos auténticos. A pesar de que se usen diferentes elementos argumentales o justificativos para transmitir su posición, la teoría se enfoca a los mismo eventos o cosas⁶⁶⁰. En este orden de ideas, la etapa

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald, "*Filosofía del derecho*", Óp. cit., p.9

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁵⁸ "*No niego aquello que es obvio, que los intérpretes piensan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo. La situación interpretativa no es un principio de Arquímedes, tampoco es lo sugerido en la idea de que el objetivo de la interpretación es hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta. Una vez más apelo a Gadamer, cuya descripción de la interpretación que reconoce, a pesar de luchar en contra las restricciones de la historia, da en la nota exacta.*". DWORKIN, Ronald. "*El imperio de la justicia*". Óp. cit., p. 55.

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald, "*Una cuestión de principios*", Óp. cit., p. 98

⁶⁶⁰ "*El derecho es un concepto interpretativo al igual que la cortesía en mi ejemplo imaginario. Por lo general, para los jueces es un deber continuar en lugar de descartar la práctica que han elegido. De modo que desarrollan, en respuesta a sus propias convicciones e instintos, teorías laborales sobre la mejor interpretación de sus responsabilidades bajo dicha práctica. Cuando disienten en lo que denomino la forma teórica, sus desacuerdos son interpretativos. Disienten, en gran parte o en detalles, acerca de la interpretación más sólida*

interpretativa es la etapa idónea para adelantar los respectivos ajustes asimétricos, es decir, determinar sobre qué es derecho. En aquel lugar, se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisional de la práctica, pero bajo el consenso de la comunidad interpretativa, aquí se distingue el texto y se denomina, para luego entrar en la etapa interpretativa que luego permitirá hacer la asociación de proposiciones que se irán encadenando⁶⁶¹.

La interpretación para Dworkin es ubicua en el sentido holístico, ya que él persiguió una teoría general de la interpretación. Para Dworkin el ejercicio de la interpretación implica generar una red de valores y suposiciones diferentes que se entrelazan, los cuales son extraídos de tipos muy diferentes de juicios o experiencias. La red de valores de una argumentación interpretativa no acepta jerarquía o punto propiamente arquimédico, en el entendido de una dominación y subordinación, pues en el futuro las áreas de las ciencias tienden a cambiar cuando aparece nuevas evidencias y la creencia de que en este campo no hay lugar para interpretaciones, le da una aparente firmeza, lo cual es una trampa de confianza metafísica⁶⁶². Con esto se advierte que, sin una verdad, como pura o mera verdad, la cómoda posición

de algún aspecto pertinente de la práctica judicial; es así como el destino de Elmer dependerá de las convicciones interpretativas del panel particular de jueces que decidan su caso.”. DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Óp. cit., p. 78.

⁶⁶¹ Ibidem, p.307.

⁶⁶² “La red enfrenta el desafío de la convicción en su conjunto; si se cambia una sola brizna, el resultado puede ser sísmico en el plano local. La segunda mejor interpretación que alguien ha hecho de un poema o una pintura puede ser radicalmente diferente de la mejor de todas; una tercera interpretación que solo tenga leves diferencias con la primera quizá parezca mucho peor. Es cierto, algunos persuasivos filósofos sostienen que la ciencia también es holística: que nuestra ciencia, como lo expresó Quine, también enfrenta el tribunal de la experiencia en su conjunto. Esos filósofos dicen que no hay creencia sobre el mundo físico, por establecida e indudable que hoy parezca, que no podamos abandonar si también renunciamos a todas las otras creencias que hoy tenemos y volvemos a describir y explicar ese mundo físico en un vocabulario completamente diferente. Pero el holismo en la ciencia, si es que llegamos a aceptarlo, es casi en su totalidad académico y pasivo: no puede tener papel alguno en la vida práctica de casi nadie. En la práctica corriente pensamos en la física y la ecología vegetal y en la magnitud en que la personalidad depende de los genes de una manera directamente lineal. Por la razón deducimos nuevas creencias de la misma masa incalculablemente grande de todo lo que damos por sentado, y razonamos sobre la base de evidencias cuya fuerza y límites todos reconocemos en mayor o menor medida. Casi todas nuestras adquisiciones y modificaciones de creencias son acumulativas: sometemos a examen las hipótesis con el supuesto de que ellas, y nada más que ellas, están en riesgo en el examen.”. DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p. 153.

del escéptico interno se queda sin bases, dado que le obliga a justificar y tomar una posición como responsable de sus argumentos⁶⁶³.

5.1. Resumen y consideraciones

En este acápite se desarrolló la idea relacionada con una visión holística de interpretación apoyada en una visión Quiniana. Son muchas las similitudes y apoyos teóricos que se usan, por parte de Dworkin, en el desarrollo teórico de su tesis de la respuesta correcta en derecho. Para empezar los dos autores consideran a las creencias, como un sistema interrelacionado, donde ninguna de las proposiciones está exenta de revisión. Asimismo, el planteamiento de que no existen planteamientos sintéticos, que no se pueden considerar analíticos, así como que las proposiciones o afirmaciones implican la prescripción y descripción son elementos presentes que se pueden rastrear en los dos autores.

La consideración holista, en sí, se le atribuye a Dworkin, porque él considera que las proposiciones por sí solas no poseen significado, dado que estas siempre estarán acompañadas y sustentadas en teorías o en su forma básica que creencia que luego se podrán sofisticar o mejor objetivar. En el caso concreto del derecho las proposiciones jurídicas son epistemológicas e interpretativas a la vez, y se apoyan en una teoría del derecho que las justifica y sustenta como soporte de la

⁶⁶³ “El carácter lineal de la ciencia es otra fuente de comodidad: la controversia sobre las afirmaciones o hipótesis novedosas no es amenazante porque, aún en las regiones especulativas, los castillos de arena se construyen sobre lo que parece un terreno innegablemente firme. El holismo activo de la interpretación implica, por el contrario, que no hay terreno firme en absoluto; que aun cuando nuestras conclusiones interpretativas parecen ineludibles, aun cuando pensamos que no hay realmente nada más que pensar, todavía nos ronda la inefabilidad de esa convicción. No podemos escapar a la sensación de que nuestras convicciones interpretativas son insustanciales y contingentes porque sabemos que otras personas piensan efectivamente lo que nosotros no podemos pensar y que no hay una palanca argumentativa que podamos mover para convencerlas. o ellas a nosotros. No hay un experimento que deba conciliar nuestras certezas dispares. Aun así, y pese a todo ello, no nos invade el nihilismo sino la incertidumbre. Si quieren más —si quieren el quietismo de un escepticismo interpretativo—, deben argumentar por ello, y sus argumentos serán tan insustanciales, tan controvertidos, tan inconvincentes para otros como los argumentos positivos que ustedes encuentran ahora insatisfactorios. Así que — una vez más— todo depende en definitiva de lo que ustedes piensen real y responsablemente. No porque el hecho de pensarlo lo torne correcto, sino porque, al pensarlo correcto, lo piensan correctamente “.
DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p. 155.

mejor versión posible, que se enmarca en la coherencia como simetría de razonabilidad, y es orientada por medio de la moral política (con lo cual se proscribire la incertidumbre y la indeterminación).

Las unidades de significado o proposiciones jurídicas tienen en su núcleo un sentido, que empata el elemento descriptivo y evaluativo, como cuando se dice que alguien tiene un derecho al trato igual en determinado contexto. Allí las controversias pueden ser genuinas a pesar de las diferencias argumentativas, el asunto estará resuelto por el punto de vista normativo en un método de novela en cadena, que dará lugar a ajustes simétricos, justificación y revisión.

Para finalizar cabe anotar que la visión holística de Dworkin evita puntos arquimédicos, pues un ejercicio de interpretación holístico implica la revisión constante de juicios que se entrelazan y cruzan con diferentes experiencias, donde la firmeza de la posición está dada por la fuerza y solidez de las proposiciones jurídicas encargadas de la coherencia de una teoría que las justifica. Todo esto es guiado por un canon que se nutre de la filosofía, el derecho y la política (moral política), cuyo objeto es hallar la mejor versión posible. El sentarse en una posición implicará tomar responsabilidad de sus argumentos, pretendiendo lo correcto, porque se está pensando de forma correcta.

6. Hans-Georg Gadamer

La argumentación e interpretación guardan una hermandad, y su comprensión depende de lo que persiguen. Cuando distinguimos un argumento bueno de uno malo, mediante los criterios para evaluarlo dependerá de nuestro punto de vista normativo, el cual es el criterio mayor que nos inclinara en un grado u otro. Para la argumentación importarán no solo los pasos de las premisas a la conclusión, sino

lo que alimenta la construcción de un proceso, como es el caso del punto de vista normativo, el cual es la razón pública donde interactúan un emisor, un auditorio receptor y un discurso.

En el campo de la interpretación la hermenéutica se encargó de fijar los criterios para saber la calidad de las interpretaciones y el porqué de que una interpretación pueda ser mejor que otra. La labor de Gadamer nos permite entender que en el campo jurídico el derecho no se trata exclusivamente de reglas, lo cual nos arroja a los brazos de la pregunta de cómo se interpreta los principios y valores, en particular cuando éstos colisionan. Por otro lado, esta problemática implicará la objetividad y, por tanto, la posibilidad de hablar de respuestas correctas basadas en principios racionales. El enemigo natural (relatividad) de la objetividad tendrá su espacio, cuando todo puede ser móvil y carente de criterio, lo cual pondrá en peligro la justicia y las garantías de los derechos, de manera que los cimientos argumentativos deben ser sólidos y aspirar a la seguridad jurídica.

La interpretación en sí conlleva argumentar, lo cual está en el campo de la razón práctica, pues la forma en que se argumenta está en otro paraje diferente del que se pudiera manejar como la geometría. Cuando argumentamos en el campo de la moral no podemos echar mano de las demostraciones como algo necesario, sino que debemos crear posturas razonables y justificables. En este entendido, en los términos de Dworkin (kantiano) nosotros nos comprometemos con la conclusión, cuando estamos en el reino de las posibilidades, pues terminamos por ser responsables de nuestra postura.

Gadamer desarrolló una hermenéutica como la posibilidad de comprenderse a sí mismo y al interlocutor, fuera del campo de las ciencias duras. La comprensión se basa en jugarse su propia perspectiva e historia del mundo, con lo cual se interpreta porque se puede hacer de su experiencia vital la comprensión misma. Pero al intérprete de Gadamer no le interesan los eventos, sino los significados, lo cual

implica que la comprensión dará cuenta del diálogo entre la tradición y el presente a modo de mediación⁶⁶⁴.

Como seres humanos trasegamos hacia la formación del juicio y maduración de éste, es decir, que nuestra propia visión del mundo tenderá en la maduración hacia algo universal. En la verdad de Gadamer, la racionalidad diferente es diferente de las ciencias duras y la idea propia de éstas de adecuación. El inicio del acercamiento al conocimiento se considera un deambular de prejuicio en prejuicio. Estos juicios previos alimentan el postulado del círculo hermenéutico, el cual consiste en la comprensión del presente con el pasado, sobre la base de la propia comprensión, cuyo sustrato se encuentra en las tradiciones incorporadas, las cuales de alguna manera se manifiestan en nosotros.

La comprensión circular en cuanto a su estructura implica la interpretación entre el movimiento de la tradición y el movimiento del intérprete. La anticipación del sentido que direcciona nuestra comprensión no es propiamente un acto de subjetividad, sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición, donde la comunidad se forma continuamente, y nosotros participamos de este acontecer de la tradición desde nosotros, no como una metodología, más bien como un momento ontológico de comprensión, es decir, una anticipada unidad perfecta de sentido que busca entender lo que es el ente que se está comprendiendo⁶⁶⁵ fuera de estar filiado a una metodología, ya que sigue una tradición que se gana por medio de la experiencia del lenguaje sin estar situado en lo subjetivo o intersubjetivo, pues la comprensión neutral descubre la objetividad en la tradición del lenguaje.

En el contexto judicial un jurista tomará el sentido de la ley a partir y de acuerdo con el caso a resolver. De manera que no es un trabajo histórico, donde se determina el sentido originario de la ley a partir de la construcción de la totalidad del espectro de

⁶⁶⁴ GADAMER, Hans, "*Verdad y Método I*", 10 ed, Salamanca: Ediciones sígueme, 2003, pp. 397-398.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 363-364.

aplicación constructivamente para señalar un sentido originario. El operador jurídico debe poner en consonancia la ley con la actualidad, pero también reconociendo o mejor comprendiendo históricamente la ley para así adaptar al presente la ley⁶⁶⁶.

Pero, en estos términos, ¿qué puede determinar que una interpretación sea mejor que otra? La respuesta está en la decantación de la historia a través del paso del tiempo. Este punto se asemeja al planteamiento Dworkiniano relacionado con el presupuesto de sistemas jurídicos avanzados que decantan precedentes y dan lugar a escenarios reducidos de casos difíciles. Esto en el campo Dworkiniano es una defensa de la idea de tradición jurídica, que en este caso no es forzosamente una lectura taxativa de la historia, sino una novela judicial construida a partir de precedentes que se decantan y cambian siendo siempre la mejor versión posible.

En el caso de Gadamer su racionalidad se acerca a un conocimiento de la tradición que construye y reconstruye dinámicamente el sentido y el significado. En otras palabras, el tiempo pone las cosas en el lugar correcto. Sin embargo, el operador jurídico está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo⁶⁶⁷. Dworkin agregará que en el caso judicial la interpretación trae consigo una responsabilidad moral; en su postulado del derecho como integridad, la interpretación de novela en cadena implica que en cada precedente se interprete la moral pública, lo cual ataja la discrecionalidad. De ahí que en su última obra usará al erizo para representar un saber enfocado a una sola cosa sin bifurcaciones, la respuesta correcta⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Ibidem, pp. 400-401.

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 399.

⁶⁶⁸ "En el decir de Aristóteles (citado por Gadamer), la *epieikeia*, la equidad es la corrección de la ley. Es en la doctrina de la naturaleza de las cosas -acuñada por Aristóteles y recuperada por Gadamer como reacción al convencionalismo extremo del positivismo jurídico- donde encontramos la relación más estrecha e importante con la tesis de la única respuesta correcta defendida por Dworkin. Aristóteles advierte cómo toda ley es universal, pero hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. La ley precisa hablar de modo universal y, al hacerlo toma en consideración lo más corriente. No por esto la ley es menos recta, porque el yerro no está en la ley, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es la índole de las cosas prácticas". ARANGO, Rodolfo, "¿Hay respuestas correctas en el derecho?", Óp. cit., pp. 99-100.

Otro punto importante que debemos anotar es la invitación de Gadamer a revisar las opiniones que construyen la comprensión, es decir, convalidar dichas opiniones en el enfoque de evitar parcialidad y arbitrariedad, de manera que estas tengan condiciones de legitimidad y validez⁶⁶⁹. La autocrítica de la conciencia histórica se consigue al comprender la movilidad del acontecer en la historia y en la comprensión propia, ya que el comprender es mucho más que una acción subjetiva de desplazamiento hacia el evento, pues en verdad lo que sucede es una mediación entre el pasado y el presente⁶⁷⁰. Sin embargo, la conciencia histórica-efectual, como momento de la realización de la comprensión, donde se toma conciencia de la situación hermenéutica, no goza de objetividad acabada ya que es una tarea de no terminar, dado que las tradiciones de nosotros como seres históricos inacabados se dan en el saberse⁶⁷¹.

Respecto a la verdad y a la objetividad en Gadamer, estas son categorías diferenciadas en el desarrollo de su pensamiento, ya que la objetividad resulta ser un presupuesto de la verdad, donde la primera es una posición subjetiva, que goza de nivel de objetividad y a la vez busca tomar lugar entre otras posiciones. No obstante, no existe un método, una metodología exclusiva para acceder a la verdad, sino un momento ontológico que persigue comprender lo que es la verdad. Esta verdad, tal y como lo entiende Gadamer, es una verdad con múltiples respuestas correctas, dado que la interpretación admite varias posibilidades sin que se deje de lado la pretensión de alcanzar objetividad, pues los acuerdos desde la subjetividad de cada uno de los intervinientes, por ejemplo, en la conversación o discusión racional, resultan importantes para llegar al acuerdo, donde se encuentran y entrecruzan diferentes horizontes⁶⁷². Asimismo, la objetividad sólo puede alcanzarse desde una distancia histórica, es decir, que la distancia entre las

⁶⁶⁹ GADAMER, Hans, "*Verdad y Método I*", Óp. cit., p. 334.

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 360.

⁶⁷¹ Ibidem, p. 372.

⁶⁷² Ibidem, pp. 373-374.

circunstancias efímeras de lo que acontece en el tiempo y la actualidad hacen necesario encontrar el contenido propio de forma panorámica. Mas esa forma panorámica debe estar sujeta a una revisión inacabada, puesto que es una responsabilidad de quien interpreta⁶⁷³.

Ahora bien, la hermenéutica Gadameriana es quebrada por Dworkin a partir de los principios o el canon deontológico, dado que se generan una serie de reconstrucciones internas para validar y legitimar la posibilidad de respuestas correctas en el derecho. El presupuesto de un contexto democrático da las condiciones adecuadas para la formación de una larga tradición, cuya condensación se avizora en un sistema jurídico avanzado, el cual es un pilar importante para el apoyo de la de la posibilidad de una respuesta correcta, puesto que resulta en este escenario muy difícil la existencia de empates entre varias posiciones, con lo cual es atajada la discrecionalidad judicial. A pesar de que se carga con una valoración subjetiva en el desarrollo de la metodología Dworkiniana, ésta se objetiva al tomarse responsabilidad y un canon de moral política que salva la concepción de inseparabilidad del sujeto y el texto jurídico.

Otro aspecto para resaltar es la semejanza del planteamiento Gadameriano de coalición entre el sentido del texto y la aplicación de éste. Estos dos elementos contribuyen a originar la comprensión, en el entendido de un efecto. Dworkin por su parte, rechaza la separación de la visión cognoscitiva de la visión prescriptiva, ya que le corresponde al operador jurídico la responsabilidad de intervenir para adjudicar en el marco de la unificación del presente con el pasado, cuya guía es la justificación moral, la cual reflexiona acerca de la mejor posible solución al caso concreto. El postulado de responsabilidad Dworkiniano descansa en una buena voluntad Kantiana, a través de un uso correcto de la razón privada (rol), ya que los principios acordados democráticamente se han decantado desde los inicios de la historia constitucional norteamericana, tomando una independencia y propiedad

⁶⁷³ Ibidem, p. 368.

evolucionadas, lo cual implica que la interpretación no sea desinteresada, pues no es impecable la postura original de lo inicialmente propuesto por sus fundadores. Asimismo, el regateo está proscrito, pues no se pueden sacrificar los primeros principios, sino más bien con la buena voluntad (buena en sí misma) del juez Herculeano hacer la mejor justificación posible de la decisión judicial conforme y pro-principio.

Para finalizar, debemos anotar que de acuerdo con Gadamer la reflexión de la historia y sus resultados no es cualquier respuesta, es una comprensión y aplomo de la cosa, bajo la guía de la racionalidad, la cual tiene apoyos – no inicia de la nada– y alcanza desarrollos. En el caso del contexto Dworkiniano se ha cimentado en un proceso constitucional mayor a los doscientos años. Allí reside una racionalidad y un punto de vista normativo; el criterio está allí, sólo se debe descubrir.

6.1. Resumen y consideraciones

En este aparte se rescató la importancia de la similitud de ideas y posible influencia de Gadamer en el postulado de la respuesta correcta Dworkiniana. Gracias a Gadamer podemos observar el derecho con una perspectiva más allá de las reglas procedimentales de carácter nomológico, lo cual nos llevará, más adelante en una lectura de tradiciones hacia el reconocimiento de los principios y a la asunción de compromiso con la justificación de la decisión judicial. Esto quiere decir que existe una forma de alcanzar objetividad cuando estamos en los terrenos de las ciencias sociales y, su forma es la razonabilidad a través de la argumentación, interpretación y justificación. En términos de Dworkin la interpretación busca ser la mejor versión posible de lo que se interpreta⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ DWORIKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*. Óp. cit., p. 55.

En Gadamer la hermenéutica es una posibilidad de comprensión recíproca vital, ajeno al método de las ciencias duras y expectante de los significados, cuando se genera el diálogo entre la tradición y el presente en un contexto de mediación, donde nuestros prejuicios tendrán que madurar a la luz de la interacción de la comunidad con la tradición y, llegar al momento ontológico de comprensión, cuyo sentido busca entender lo que es el ente, que es materia de interpretación en una experiencia que no se sujeta a la subjetividad o intersubjetividad, sino a la tradición del lenguaje (objetividad).

Por otro lado, el postulado Dworkiniano relacionado con el presupuesto de sistemas jurídicos avanzados es semejante al postulado Gadameriano. Éste consta de posiciones jurídicas estables y fuertes, donde se construye una novela judicial a partir de precedentes que se establecen y/o cambian, con lo que se busca en todos los casos la mejor versión posible. Gadamer, por su lado tiene una perspectiva relacionada con un conocimiento de la tradición que construye y reconstruye dinámicamente el sentido y el significado. En el caso de los jueces, éstos están obligados a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que, en consecuencia, la función normativa de la ley tiene que ir modelándose de nuevo, lo que en el caso de Dworkin implicó una responsabilidad moral de observar principios de moral política en sus decisiones judiciales.

Gadamer abordó las categorías de verdad y objetividad de forma separada, pero no distanciada⁶⁷⁵. La objetividad como condición de la verdad trasciende la subjetividad al posicionarse sin un método, pero sí en observancia de un momento ontológico que identifica lo que es la verdad. A diferencia de Dworkin, la verdad en Gadamer es una verdad con múltiples respuestas correctas, ya que hay validez en las múltiples respuestas sin renunciar a cierto tipo de objetividad que es débil, pues el encuentro de varios horizontes en revisiones inacabadas genera que la objetividad

⁶⁷⁵ Estas son objeto de revisión constante por el que interpreta.

sea una ganancia desarrollada y no una extracción del tiempo en términos historicistas.

Para terminar, se debe resaltar que la hermenéutica de Gadamer⁶⁷⁶ es rasgada por Dworkin a partir de la introducción del canon deontológico, dado que se genera un punto de vista normativo articulado en la moral política para apoyo de la tesis de la respuesta correcta en el derecho, bajo la inescindibilidad de los elementos cognoscitivo y prescriptivo. El responsable, en su rol jurídico, juzga, adjudica en el marco de la unificación del presente con el pasado guiado por una buena voluntad que abreva en la moral política, la cual se ha construido democráticamente y decantado a través de una historia constitucional mayor a los doscientos años.

7. Immanuel Kant y Aristóteles. La Razón práctica

En este aparte abordaremos la razón práctica a partir de un corto recorrido analítico contemporáneo que nos permitirá apreciar cómo y de qué manera se desenvuelve esta categoría en el campo jurídico. Luego trabajaremos a partir de los postulados de la razón práctica de Aristóteles y Kant, los cuales en algunos aspectos, son citados y desarrollados por Dworkin en algunas de sus obras. Asimismo, se buscará a través del itinerario de la razón práctica de estos dos autores, reconstruir la razón práctica de Dworkin, la cual es un elemento fundamental y condicional para poder hablar de respuestas correctas en el contexto judicial.

En Kant, los principios internos de la conducta se edifican en la razón. Estos universales metafísicos ajenos a elementos empíricos son estimulados y orientados por una buena voluntad, como una salida a las visiones emocionales de la ética y

⁶⁷⁶ En Gadamer la reflexión de la historia y sus resultados no es cualquier respuesta, es una comprensión y aplomo de la cosa, en términos de racionalidad, la cual tiene apoyos subjetivos, que luego alcanza desarrollos.

como una respuesta a la filosofía del pensamiento de Hume, que es quien lo arrebató de los brazos de la quimera dogmática empirista. El contexto de desarrollo es la sociedad deseosa de ilustración, la cual en el marco Kantiano puede tener múltiples modos de vivir. Lo anterior, por consideración de la libertad y la autonomía, es orientado por la buena voluntad. Aquí se da lugar a la consideración mutua y a la paz duradera⁶⁷⁷.

Las reflexiones Kantianas más relevantes se originan alrededor de preguntas cardinales apostadas en diferentes ramas de la filosofía. Estos campos son abordados en sus trabajos medulares como: *Crítica de la razón pura* de 1781-1787, *Crítica de la razón práctica* de 1788, y *Crítica del juicio* de 1797. Los campos mencionados involucran a saber: la epistemología, respecto de las posibilidades del conocimiento y los límites del conocimiento (¿qué puedo conocer?); la ética, aspecto desde el punto de vista de cómo me desenvuelvo en el mundo y la formulación de una ética deontológica de principios vacíos empíricamente, así como universales autónomos (¿qué debo hacer?) y la religión, en donde plantea a Dios como una entidad trascendental moral y la religión como una forma racional, así como el destino en el sentido de esperanza por el bien supremo como deber ser (¿qué puedo esperar?). Estos tres ejes serán abarcados por una pregunta global: ¿qué es el hombre? Con ello se vuelca el centro esencial de su trabajo en lo que conocemos como giro copernicano, donde quién conoce, es central en la forma en que se avanza hacia el acopio de conocimiento⁶⁷⁸.

Aquellos que son faltos de entendimiento, poseen la condición de la minoría edad, de manera que para gobernar su intelecto sin interferencia de otro como premisa esencial kantiana, deben liberarse del quehacer autómatas y abrazar la libertad que proporciona la razón. A pesar de que seamos adultos corporalmente, muchos, en

⁶⁷⁷ KANT, Immanuel, "*Crítica de la razón pura*". 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica -Universidad Nacional Autónoma de México – Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, p. 40-41.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, pp. 19-20.

verdad, son perezosos y dependen de la tutoría de otros, por ello el menester de la libertad como ejercitación autónoma de la voluntad. La ilustración en términos de Kant, demanda de la libertad expresión públicamente, junto a un razonamiento argumentativo y con preferencia de una expresión docta en el tópico⁶⁷⁹, ya lo expresó así, en su famoso texto *¿Qué es la ilustración?: “Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad, cuyo responsable es él mismo”*⁶⁸⁰.

La dificultad del modelo positivista para abordar los problemas de las ciencias humanas y sociales abrió una brecha para una nueva perspectiva, para nada reduccionista en el sentido epistemológico, que exterioriza las relaciones del campo jurídico con la ética, moral y política. Igualmente, el giro lingüístico atestiguó un foco en el lenguaje y su forma de entenderlo, lo cual es trasladado como críticas al positivismo, en particular por la insuficiencia en el abordaje de los aspectos prácticos de la lengua. De ahí que, se reavivara la importancia de la discusión por la razón práctica. Dicha discusión giró en torno a la relación del mundo y el lenguaje, respecto de la forma en que se construyen las redes sociales en cuanto cultura, costumbres, valores, etc. Estos puntos son diferentes de una epistemológica visión formal.

El renacimiento de la tópica y la retórica a mediados del siglo XX, junto con el apoyo de un principio democrático y pluralista de posguerra, marcó un desarrollo de un arte enfocado en convencer, refutar o persuadir de forma dialógica, el cual muchas veces persiguió el consenso apoyado en la validez legitimidad y eficacia⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ KANT, Immanuel, *“El Conflicto de las facultades”*, traducción de Elsa Tabering, 1 ed, Argentina: Editorial Losada S.A., 2004, p. 125.

⁶⁸⁰ KANT, Immanuel, *“¿Qué es la Ilustración? Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, en: ¿Qué es la Ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia”*, 2 ed. Madrid: Alianza editorial, 2013, p. 87.

⁶⁸¹ MUÑOZ, José, *“Filosofía del derecho”*, 2 ed, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, 2014, p.71-78.

Esta serie de cambios también impactó en el rol del juez como mero reproductor y aplicador mecánico, ya que se introdujo un método racional de argumentación, para efectos de justificar y sostener la decisión judicial tomada, la cual es asistida por elementos políticos y morales. Esta decisión judicial tiene como fondo y sustrato en una dinámica de múltiples factores pragmáticos, dialógicos y democrático-consensuales, que en el caso de Dworkin hizo referencia a principios de moral política que reafirman una seguridad jurídica, construida en una tradición bajo constante revisión de perfectibilidad.

Entre otros cambios, tenemos la aparición y disputa de las diferentes teorías del derecho como: el iuspositivismo, el iusnaturalismo y el iusrealismo a la hora de alimentar la justificación de las decisiones judiciales, con lo cual se sofisticó la labor interpretativa. La nueva racionalidad se sobrepone al método positivista, con el retorno de antiguas herramientas. Esta renovación participa en un contexto nuevo, que pretende orientarse por principios y derechos.

La razón como la facultad de las ideas, nos permite comprender el mundo y orientarnos en él. En el caso de Kant este parte del presupuesto ¡*sapere aude!*, cuyo llamado en un contexto de la Ilustración nos dice que debemos tomar conciencia sobre la culpa de nuestra minoría de edad, debido a que le fallamos a la autonomía de la razón y no tomamos el valor suficiente para pensar por nosotros mismos⁶⁸². En los grandes trabajos Kantianos sobre la “*Crítica de la Razón Pura*”, “*Crítica de la Razón Práctica*” y “*Crítica al juicio*” bajo una columna vertebral de antropología, se trasegó a través del conocimiento de lo que es el hombre, lo cual le llevó a plantear en su trabajo tres cuestiones fundamentales, que desarrollará a lo largo de su vida ¿qué puedo saber?, ¿qué debo hacer? y ¿qué puedo esperar?

⁶⁸² KANT, Immanuel, “¿Qué es la Ilustración?”, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, en publicación Immanuel Kant ¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia, Óp. cit., p. 87.

Respecto de las preguntas referidas, nos interesa las primeras dos, ya que éstas son importantes para desarrollar el planteamiento de este acápite. Frente al empirismo y racionalismo, Kant toma posición opuesta con relación al escepticismo del primero y el dogmatismo del otro, sobre la base de su giro copernicano, es decir, el uso de un método trascendental, el cual forzosamente lo lleva a cambiar de foco su pregunta por el conocimiento, dado que modifica la fijación del estudio de las teorías del conocimiento hacia el sujeto, las cuales ese momento recaían sobre el objeto, de manera que el interés estará en identificar qué le es necesario al sujeto para conocer y qué puede conocer ⁶⁸³.

Asimismo, debemos anotar que la razón desde el punto de vista de Kant, nos arroja hacia postulados distintos, pero no escindidos, ya que a pesar de presentar dos usos diferentes de la razón, esta razón es unívoca. De un lado, tenemos la razón que nos abre el portal para conocer la realidad del mundo a través de la fundamentación de los juicios una razón especulativa (descripción). Esta es una síntesis entre la sensibilidad y el entendimiento (conocimiento- epistemología). De otra parte, tenemos el uso práctico, el cual es un derrotero de la conducta, mediante la aplicación de los imperativos categóricos (mandatos)⁶⁸⁴. En este campo se busca orientar el qué debo hacer en el mundo, bajo una racionalidad pragmática, donde se observa una estructura medio a fin que en Kant implicará el uso de los imperativos categóricos.

⁶⁸³ *“Ensáyese, por eso, una vez, si acaso no avanzamos mejor, en los asuntos de la metafísica, si suponemos que los objetos deben regirse por nuestro conocimiento; lo que ya concuerda mejor con la buscada posibilidad de un conocimiento de ellos a priori que haya de establecer algo acerca de los objetos, antes que ellos nos sean dados. Ocurre aquí lo mismo que con los primeros pensamientos de Copérnico, quien, al no poder adelantar bien con la explicación de los movimientos celestes cuando suponía que todas las estrellas giraban en torno del espectador, ensayó si no tendría mejor resultado si hiciera girar al espectador, y dejará, en cambio, en reposo a las estrellas. Ahora bien, en la metafísica se puede// hacer un ensayo semejante, en lo que concierne a la intuición de los objetos. Si la intuición debiese regirse por la naturaleza de los objetos, no entiendo cómo se podría saber a priori algo sobre ella; pero si el objeto (como objeto de los sentidos) se rige por la naturaleza de nuestra facultad de intuición, entonces puedo muy bien representarme esa posibilidad.”* KANT, Immanuel, *“Crítica de la razón pura”*, Óp. cit., pp. 19-20.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

En este campo encontramos una racionalidad ética, en el sentido de vida buena o lo que implica la felicidad o una racionalidad moral como, por ejemplo, la orientación de un juicio penal. En el siglo dieciocho no existía una sola comunidad e idea de vida buena, el individualismo del liberalismo trae consigo una sociedad que distingue una vida privada y una vida pública, bajo un desarrollo autónomo, donde la razón se guía por la aplicación de principios morales con valor para todos, cuya noción de felicidad será individual. Aquí el estado debe garantizar la libertad, seguridad y justicia para que se actúe por deber, lo cual permite materializar una noción de justicia, cuando se actúa de acuerdo con los principios universales.

En este contexto, los presupuestos de libertad y autonomía son necesarios para que un ilustrado – en los términos Kantianos – regente su razón y así enfrente su vida con un rigor que lo hace libre. En su obra *Crítica de la razón práctica*, la libertad es vista de la siguiente manera:

“Así pues, o bien el deseo en pos de la felicidad tiene que suponer un motivo para las máximas de la virtud, o bien la máxima de la virtud tiene que ser causa eficiente de la felicidad. Lo primero es absolutamente imposible, porque (como se ha probado en la Analítica) las máximas que ponen el fundamento para determinar la voluntad en el anhelo de felicidad no son morales y no pueden fundamentar virtud alguna. Pero lo segundo es también imposible, porque toda conexión práctica de causa y efecto en el mundo como consecuencia de la determinación volitiva no se atiene a las intenciones morales de la voluntad, sino al conocimiento de las leyes naturales y la capacidad física de usarlas para sus propósitos, con lo cual no cabe esperar que, mediante la puntual \ observancia de la ley moral, tenga lugar en el mundo una conexión necesaria entre virtud y felicidad que sea suficiente con respecto al sumo bien.”⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica - Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo*, Madrid: Alianza editorial, 2015, p. 225.

En este sentido, todos estamos sumergidos en el mundo fenoménico, bajo las reglas de la naturaleza de causalidad, pero simultáneamente como noúmenos, nuestra voluntad moral es libre de darse leyes autónomamente sin mediación necesaria de condicionamientos⁶⁸⁶.

Kant contribuirá a la fundamentación filosófica del liberalismo, donde los criterios de justicia en un estado, estarán dados por la libertad e igualdad, en el sentido de que cada uno puede indagar por su concepción propia de felicidad sin afectar la libertad de los demás, bajo condiciones iguales de trato, donde armonizan las libertades de todos los miembros de la sociedad, en el marco de un pacto social que se toma con independencia de presiones externas, como el Estado u otros miembros de la sociedad.

Con la *Metafísica de las costumbres* de 1797, Kant desarrollará una temática primariamente de ética universal deontológica y una principialística metafísica del derecho. Básicamente, la metafísica debe ser entendida como un conocimiento racional de la ley moral en todas sus ramas. Kant considera el derecho como una forma condicionada de interactuar con el otro externamente, en cuanto deseos y acciones, así como su arbitrio relacionada con el objetivo. Aquí el arbitrio de cada cual está sometido a condicionamientos que permiten un ejercicio de concertación, en virtud de la Ley universal de la libertad⁶⁸⁷. Una conducta conforme con el derecho, en términos kantianos implica la permanencia simultánea de la libertad de unos y otros, pero ajustada a la ley universal, de manera que, “...*Tomar como máxima el obrar conforme al derecho es una exigencia que me hace la ética*”.⁶⁸⁸. Asimismo, la coherencia entre la ley general y el uso externo de la razón debe permitirse que exista concomitantemente el arbitrio de cada cual, con las otras libertades de los demás miembros de la sociedad.

⁶⁸⁶ KANT, Immanuel, “¿Qué es la Ilustración?, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, en publicación *Immanuel Kant ¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*”, Óp. cit., p. 35.

⁶⁸⁷ KANT, Immanuel, “*La Metafísica de las Costumbres*”. Óp. cit., p. 39.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 40.

Ahora bien, ¿cómo se justifica la facultad de obligar en Kant, teniendo en cuenta que el derecho necesita de esta herramienta para su eficacia? La oposición a la libertad por un obstáculo se puede representar en un uso que cause óbice, es decir, que este obstáculo no esté en los términos de las leyes generales, como, por ejemplo, lo injusto. La libertad debe estar conforme a las leyes generales, por ello el derecho es inseparable a la facultad de obligar, debido a que el principio de contradicción garantiza la remoción de los óbices al ejercicio de la libertad en términos de las leyes generales, es decir, el ejercicio jurídico de lo justo⁶⁸⁹. Esto es posible sólo en sociedad, porque en el estado de naturaleza no existe la connotación de justicia, el cual se reserva para el ciudadano en su condición civil o de sociedad, pues no hay óbices a la libertad en un estado de naturaleza, pues la condición racionalista evidencia una ausencia de derecho, en un contexto de espacio compartido y libertad de la conducta.

A este tenor, no se procede de otra manera por el hecho de que exista la restricción en la Ley en sí, sino por el ejercicio autónomo de la razón, pues “...*Cuando el propósito no consiste en enseñar la virtud, sino sólo en exponer que es conforme a derecho (recht), no es lícito, ni se debe incluso, presentar aquella ley del derecho como móvil de la acción*”⁶⁹⁰. Entonces “...*al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción*”⁶⁹¹.

Manifestaba Kant que ninguna norma tiene una condición teleológica, dado que el sujeto es quien se lo propone de forma a priori. El derecho es un medio que se forja mediante el imperativo moral, con lo cual se podrá facultar el obligar a otros (el concepto de derecho)⁶⁹². Entonces la ley moral será autónoma y como un fin en sí

⁶⁸⁹ KANT, Immanuel, “*Principios metafísicos del derecho*”, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, Jacometrezo, 72, 1873, p. 44.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 40.

⁶⁹¹ Ibidem, p. 41.

⁶⁹² Ibidem, p. 41.

mismo, entretanto la ética es heterónoma como un medio a fin, regida por un juicio hipotético⁶⁹³ La diferenciación entre la ley moral y la ley positiva (ética) que hace Kant, implica que, la ley moral requerirá que se obre según la máxima que pueda hacer de sí al mismo tiempo una ley universal. En este sentido tenemos que:

*“...la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, esto es, con la legislación universal, posible gracias a sus máximas. La acción que puede compadecerse con la autonomía de la voluntad es lícita y la que no concuerde con ella es ilícita. La voluntad cuyas máximas coinciden necesariamente con las Leyes de la autonomía es una voluntad santa y absolutamente buena. La dependencia de una voluntad que no es absolutamente buena respecto del principio de autonomía (el apremio moral) supone la obligación. Esta no puede ser aplicada por lo tanto a un ser santo. La necesidad objetiva de una acción por obligación se llama deber”.*⁶⁹⁴

Respecto de la ética, Kant la entiende más en la dinámica del derecho, como una condición heterónoma, a saber:

*“La ética manda que yo cumpla el compromiso contraído en un contrato, aunque la otra parte no pudiera acto seguido obligarme a ello: pero toma de la doctrina del derecho, como dados, la ley (pacta sunt servanda) y el deber correspondiente a ella. Por tanto, la legislación de que las promesas aceptadas han de cumplirse no reside en la ética, sino en el ius. La ética enseña sólo que, aun cuando se suprimiera el móvil que la legislación jurídica une con aquel deber, es decir, la coacción externa, la sola idea del deber basta como móvil”.*⁶⁹⁵

⁶⁹³ KANT, Immanuel, “Fundamentación para una metafísica de las costumbres”, Óp. cit., p. 158.

⁶⁹⁴ Ibidem, p. 148.

⁶⁹⁵ Ibidem, p. 25.

Por otro lado, de lectura de la metafísica de las costumbres, Kant no puede ser fijado en los terrenos propios de un iusnaturalista de la de la physis o teológico, puesto que la naturaleza humana se conoce empíricamente y un conocimiento de este orden carece de referente normativo teórico y práctico. Kant seguirá una antigua tradición, en el sentido de que una idea de la razón que afirma la libertad pretende justificar lógicamente que los hombres sean capaces de derechos⁶⁹⁶. En este sentido tenemos la siguiente referencia del estudio introductorio de la metafísica de las costumbres:

*“la afirmación de que sólo el derecho que satisface determinados principios de justicia puede considerarse derecho, quedando imposibilitado para recibir tal denominación cualquier sistema normativo que no los satisfaga, aunque haya sido reconocido como tal por los órganos competentes. Por el contrario, para Kant el derecho positivo dice lo que es de derecho en un tiempo y lugar determinados, y aunque el soberano defendiera leyes contrarias al contrato originario, no por eso perderían su forma jurídica”.*⁶⁹⁷

En lo referente a la legislación todos son libres e iguales, bajo leyes públicas ya existentes, sólo en este sentido. No obstante, el derecho de dictar esas leyes difiere este criterio, ya que aquellos que no están facultados para este derecho se hallan sometidos también, como miembros de la comunidad, a la obediencia de esas leyes, con lo cual participan en la protección⁶⁹⁸. No obstante y teniendo en cuenta la referencia de la profesora Cortina a su afirmación le cabe una aclaración, en el sentido de la posibilidad de la pretensión de corrección de lo injusto a través del uso de la razón pública, aunque muy tímida es referida en su obra *¿Qué es la Ilustración?*:

⁶⁹⁶ KANT, Immanuel, “*La Metafísica de las Costumbres*”. Óp. cit., p. XLIV.

⁶⁹⁷ Ibidem, p. 45.

⁶⁹⁸ KANT, Immanuel, “*Teoría y Práctica. Traducción de Juan Miguel Palacios*”, 1 ed, Madrid: Técnos, 1986, p. 33.

“...la libertad de pluma es el único paladín de los derechos del pueblo (siempre que se mantenga dentro de los límites del respeto y el amor a la constitución en que se vive, gracias al modo de pensar libertad de los súbditos, también inculcado por esa constitución, para lo cual las plumas se limitan además mutuamente por sí mismas con objeto de no perder su libertad). Pues querer negarle esta libertad no sólo es arrebatarle toda pretensión a tener derechos frente al supremo mandatario -como Hobbes pretende sino también privar al mandatario supremo (cuya voluntad, por el mero hecho de que representa a la voluntad general del pueblo, da órdenes a los súbditos en cuanto ciudadanos) de toda noticia sobre aquello que él mismo modificaría si lo supiera, dando lugar a que se ponga en contradicción consigo mismo”.⁶⁹⁹

Así las cosas, el derecho es justo, siempre y cuando esté en correlación con las libertades que nos da la ley universal, en el marco de un sentido de coexistencia como respeto mutuo. El iusnaturalismo Kantiano es racionalista, dado que el derecho se infiere de la ética y no de la moral, los dos implican la disciplina del deber, sin embargo, el derecho es diferente a la ley moral (autónoma) por su condición heterónoma de facultad coercitiva. Asimismo, el derecho se observa bajo una pretensión ideal de justicia, como un derecho a priori, deducido de la razón, que se vuelca al hombre por voluntad de su razonar práctico, cuando se da la connotación jurídica de positivo o condición de existencia en un sistema jurídico, pues antes como derecho natural, no es coercitivo y no tienen función operativa, mientras que no se positiviza, lo cual mina el camino a un posible conflicto. Para ilustrar se tenemos la referencia del siguiente aparte.

⁶⁹⁹ KANT, Immanuel, “¿Qué es la Ilustración?, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, en publicación *Immanuel Kant ¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*”, Óp. cit., pp. 243-244.

“El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (status naturalis), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser instaurado, pues la omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz y si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo puede suceder en un estado legal), cada uno puede considerar como enemigo a quien le haya exigido esa seguridad.”⁷⁰⁰

Ahora bien, el proceso de la razón está dado por un proceso de facultades a saber las sensibles, cognitivas o del entendimiento y la razón, cuyo estudio es desarrollado separadamente en la crítica de la razón pura, pero entendido como un conjunto, que se diferencia en los juicios. Aquí se preguntó por la posibilidad de juicios sintéticos a priori, en los métodos trascendentales a saber estético, analítico y dialéctico⁷⁰¹. Inicialmente, la facultad de la sensibilidad nos lleva al campo de las intuiciones, las cuales nos afectan y son afectadas por el mundo, es decir, lo que se nos da en un tiempo y espacio determinados, son estructuras que dan lugar a la experiencia.

Luego, tenemos la facultad del entendimiento, la cual enlaza las intuiciones y da lugar a los conceptos o categorías, cuya utilidad está en la diferenciación y organización de los fenómenos. Así también, una intuición sin conceptos es ciega y los conceptos sin intuiciones son cojos, pues para el desarrollo del conocimiento se necesita que la sensibilidad sea absorbida por los conceptos, lo cual también nos permite distinguir entre conocer y pensar⁷⁰².

Las dos categorías anteriores son necesarias para llegar a la facultad de la razón, cuya importancia está en la formulación de ideas metafísicas lejanas al empirismo.

⁷⁰⁰ KANT, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, Óp. cit., p.14.

⁷⁰¹ Vale decir que, sólo en las matemáticas y física son posibles estos juicios para conocer origen y causas, es decir se validan las dos como ciencias.

⁷⁰² Ibidem, p. 182.

Lo anterior, no quiere decir que no se puede pensar en ellas por no tener un piso necesariamente empírico, puesto que la razón de ser de las ideas como, el mundo, el alma y Dios, es regulativa y no constitutiva, dado que está en el campo de lo incondicionado y la imaginación⁷⁰³.

Con lo anterior, podemos percatarnos de que la razón tiene fronteras, dado que los seres humanos algunas veces nos hacemos preguntas que no se pueden responder (metafísica), es decir, que como seres finitos llegamos a entender nuestros límites. Kant coopta la razón para dar paso a la fe, pero en verdad quiere formular una filosofía moral autónoma universal a partir de principios, como la libertad de actuar por deber acorde a la ley moral⁷⁰⁴. En el caso particular de la razón práctica, este tipo de razonabilidad implica una responsabilidad con relación a su justificación cuando se toma una posición⁷⁰⁵. Para Kant un hombre ilustrado es importante para el desarrollo de la concepción de razón práctica, ya que aquel que se gobierna de forma autónoma podrá actuar, bajo los preceptos del uso de la razón. Asimismo, respecto de la distinción entre el uso de la razón pública y privada en Kant, se encuentra en primer lugar, en los ámbitos sociales y la calidad que se ostenta, de un lado, el uso público estará destinado a un auditorio general en ejercicio autónomo de su razón como ciudadano; de otro lado, el uso privado está asociado a las instituciones y la lógica de subordinación, de acuerdo con su rol funcional.

Igualmente, resulta importante para el desarrollo de la temática planteada, entender la relación de distinción entre lo razonable y lo racional, debemos decir que los individuos razonables son aquellos que se interactúan en un contexto social, con el fin de cooperar en la misma por su propio bien en términos de igualdad y libertad.

⁷⁰³ Ibidem, pp. 596-598.

⁷⁰⁴ KANT, Immanuel, *“Crítica de la razón práctica - Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo”*, Madrid: Alianza editorial, 2015, pp. 123-125.

⁷⁰⁵ Este punto es compartido por Dworkin al igual que Kant, cuando hacemos la demostración geométrica no nos jugamos más que un resultado, pues no pasa nada realmente trascendental si está mal o bien. Por otro lado, cuando estamos en el campo de la razón práctica, nos comprometemos con las consideraciones y la conclusión, con lo cual, en un mundo de posibilidades en discusión, somos responsables cuando asumimos una posición.

El ser racional será aquel que se mueva en una lógica de medio a fin, buscando siempre maximizar su interés, sin medir las consecuencias de sus actos⁷⁰⁶, sin embargo, para Kant será importante actuar por principio, en el marco de la autonomía en un contexto de libertad como la voluntad de expresar públicamente un articulado razonamiento argumentativo, preferiblemente siendo docto en el asunto.⁷⁰⁷

Un mundo ilustrado, es aquel donde el uso de la razón autónoma tiene un manifiesto público y libre. Entonces la *“Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo”*.⁷⁰⁸. Nuestro autor nos indicara que el uso de la razón pública⁷⁰⁹ es el ejercicio de la libertad en todo terreno. Es en pocas palabras echar mano de su propia *razón y hablar* en nombre propio. Con relación al uso de la razón privada⁷¹⁰, nos mostrará esta categoría como un puesto civil de ejercicio particular en complacencia del *interés de la comunidad*. Estrictamente será de orden mecánico, es decir, en función pasiva, pero en subordinación activa respecto de las líneas del gobierno (fines públicos). Para justificar dicha dinámica, Kant se apoyará en la consideración de miembro cosmopolita, la cual resguarda las lógicas públicas con una razón pasiva. Allí manifestará que, *“...resultaría muy pernicioso que un oficial, a quien sus superiores le hayan ordenado algo, pretendiese utilizar en voz alta y durante el servicio sobre la conveniencia o la utilidad de tal orden; tiene que obedecer”*⁷¹¹.

A pesar de esta declaración, no reparó en decir que, en *justicia*, no se le podrá negar a nadie como experto, la comunicación bienintencionada de sus observaciones

⁷⁰⁶ Kant considera que el tiempo llevará a que las personas acepten libremente los ideales, principios y normas relacionadas con derechos y libertades básicas, y el norte del poder político al que se someterán, pues supone que han echado mano de la reflexión y un juicio razonado (Este es el límite exterior de la libertad de cada uno).

⁷⁰⁷ KANT, Immanuel, *“El Conflicto de las facultades”*, Óp. cit., p. 125.

⁷⁰⁸ KANT, Immanuel, *“¿Qué es la Ilustración?”*, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, en publicación Immanuel Kant *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Óp. cit., p. 87.

⁷⁰⁹ *“Por uso público de la propia razón entiendo aquél que cualquiera puede hacer, como alguien docto, ante todo ese público que configura el universo de los lectores.”* Ibidem, p. 90.

⁷¹⁰ Kant nos presentará como patente que, la limitación de ésta no es óbice para la Ilustración.

⁷¹¹ Ibidem, p. 91.

acerca de los particulares estimados, es decir, podrá expresar su consideración de lo justo e injusto⁷¹². Por otro lado, cuando Kant habla de la razón práctica, respecto de los límites de la razón posible o de lo que podemos conocer de todo, ve a las personas como seres problemáticos, ya que nos preguntamos cosas que quizás no se puedan responder como, las preguntas metafísicas, las preguntas más allá de la muerte, la pregunta por Dios, etc.

Los metafísicos contemporáneos a Kant rivalizaban con los científicos, pues los primeros consideraban la posibilidad de posicionarse como ciencia, pero las preguntas con respuestas que escapan a la razón llevan a que Kant platee su crítica de la razón pura, y se pregunte por las condiciones de posibilidad para conocer algo y las facultades cognitivas. Igualmente, como él mismo lo afirmará, su planteamiento tiene una utilidad negativa, pues la razón especulativa, tiene unos límites, que no le permiten aventurarse más allá de la experiencia posible, pero esa utilidad negativa⁷¹³, se vuelve transformar en positiva, dado que con el uso de la razón vamos más allá de los límites, podemos reconocer un uso práctico de la razón, delante de una visión unilateral que pudo ser el causante de la crisis de la modernidad, donde todo se ve de forma instrumental y coloniza el mundo de la vida, con lo cual se cosifica la conciencia y el mundo, de ahí la necesidad de una razón diferente que quiere saber del mundo de una forma diferente y que se orienta con arreglo a una moral universal⁷¹⁴.

Esta razón práctica marcha diferente, pues implica libertad, la cual conlleva una responsabilidad, sin libertad no hay lugar al reclamo moral. Estamos frente a una dialéctica trascendental, cuando se busca comprender el funcionamiento y

⁷¹² *"En cambio, como alguien docto que habla mediante sus escritos al público en general, es decir, al mundo, dicho sacerdote disfruta de una libertad ilimitada en el uso público de su razón, para servirse de su propia razón y hablar en nombre de su propia persona. Que los tutores del pueblo (en asuntos espirituales) deban ser a su vez menores de edad constituye un absurdo que termina por perpetuar toda suerte de disparates."* Ibidem, pp. 91-92.

⁷¹³ KANT, Immanuel, *"Crítica de la razón pura"*, Óp. cit., pp. 627-628.

⁷¹⁴ HABERMAS, Jürgen, *"Discurso filosófico de la modernidad (doce discursos)"*, 1 ed, Madrid: Taurus, 1993, pp. 31-33,71, 95, 102, 359.

estructura de la razón, de aquello que está incondicionado y lejano de la razón teórica; es tal vez aquello que no podemos conocer, pero, quizás lo podemos pensar y construir como posibilidades, como el ejemplo la moral, este no es un conocimiento causal, resulta ser una reflexión, diferente al mundo fenoménico⁷¹⁵.

A pesar de que el ser humano pertenezca al mundo fenoménico y esté atado causalmente, es decir, las leyes naturales, también, como ser humano tiene la dimensión nouménica. Como seres sociales y simbólicos, elaboramos el derecho, la moral y las costumbres, bajo otras exigencias, como lo son los valores y los principios, los cuales se usan en la razón práctica. La fundamentación de la acción moral, en este caso es diferente a la Aristotélica, la cual está orientada a la felicidad, por la idea de virtud en los términos de la comunidad. Esta virtud de la prudencia es aprendida en la comunidad, con un fuerte ideal de vida buena, pues Aristóteles vivía en una polis.

Aristóteles también hace una distinción entre la razón práctica y teoría. De un lado, entiende que está el nomos, como las normas que observan nuestras costumbres, las cuales cambian y son contextuales. Por otra parte, está la physis, cuyas leyes no se pueden cambiar y son heterónomas. La idea de felicidad y de vida buena es compartida por la comunidad, bajo el criterio de la prudencia, como punto medio en cada contexto, el cual combate la pérdida de balance en la comunidad, como cuando un juez impone una pena, exige una compensación o avala una transacción. Este punto de vista normativo de la prudencia deriva de la experiencia, del consejo de los otros o de los mismo dioses (heterónimo), lo cual es con arreglo a lo que dice la comunidad, es decir, su tradición, costumbre y leyes.

Esta tradición moral Aristotélica solo tiene sentido dentro de las condiciones de la polis, ya que los límites de la comunidad son directamente proporcionales con la

⁷¹⁵ KANT, Immanuel, "*Crítica de la razón pura*", Óp. cit., pp. 108-109.

visión moral, la cual está asociada a virtudes, en un sentido político que se ejerce como miembro de la polis⁷¹⁶. Esta hermenéutica de la tradición no es completa y no satisface las exigencias de las minorías, por el contrario puede enaltecer la eticidad de las mayorías, pero, resulta ser un problema de minorías, dado que estas últimas exige otro tipo de tratamiento. Por ello una comunidad Aristotélica con una vida homogénea de vida buena, raya con las necesidades de sociedades modernas complejas, cuyas diferencias y distintas visiones de vida buena necesitan ser resguardadas a través de principios universales que garanticen un trato igual, consideración y respeto, así como la seguridad jurídica, con lo cual se proscriben la indeterminación.

La ética de Aristóteles se erige sobre la base de la felicidad⁷¹⁷, donde una acción es correcta si nos hace felices, de manera que si se actúa persiguiendo la felicidad la acción sería buena⁷¹⁸. En el caso de que sea mala la conducta de la acción que trae consigo la felicidad, las instituciones, como en el caso del juez restablecerán el balance. Asimismo, no es suficiente conocer (episteme) la virtud, sino que se debe también practicarla (phronesis). La equidad (equitativo) como la forma de corrección de la ley, actúa bajo un criterio moral, el cual no ejerce consideraciones sobre la ley misma, dado que el error se halla en las particularidades prácticas, las cuales están en error, porque la misma ley no puede abarcar todos los aspectos prácticos que trae consigo la vida de la comunidad. Aristóteles diferencia entre en la equidad y lo equitativo. La equidad se referirá la justicia y lo equitativo se asociará a lo justo. Donde no alcanza a llegar el legislador en su formulación universal, allí llegará el ejercicio de rectificación de la naturaleza de las cosas, es decir, de la cosa práctica⁷¹⁹.

⁷¹⁶ ARISTÓTELES, “*Ética a Nicómaco*”, Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 2002, p. 3.

⁷¹⁷ Para Kant implicará: “*De ahí también que la moral no suponga una teoría de cómo hacernos felices, sino de cómo debemos llegar a ser dignos de la felicidad.*” KANT, Immanuel, “*Crítica de la razón práctica - Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo*”, Óp. cit., p. 123.

⁷¹⁸ ARISTÓTELES, “*Ética a Nicómaco*”, Óp. cit., p. 165.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 186-188.

Nuestros juicios morales son interpretaciones de conceptos morales de base, lo cual a su vez es materia de examen en un plano más amplio, donde observamos si casan con las mejores concepciones de otros conceptos y estos son respaldados por ellas⁷²⁰. Dworkin considera que tanto Platón como Aristóteles parten del trasegar de valores a principios para llegar a la justicia y alcanzar el fin de la felicidad. Asimismo, la distinción de ética de Aristotélica con respecto a la vida buena y a la vida valiosa implica la noción de moral de justicia como trato al otro, esto es, una acción que implica principios de justicia o mejor la práctica de las virtudes⁷²¹.

Dworkin reconoce la importancia de la ética de la antigüedad, como respecto a la situación humana, en el sentido del deber de vivir bien la vida. Este tipo de ética nos ordena la búsqueda de la felicidad, bajo el significado de una vida exitosa como un todo. Por su lado la visión de la moral Dworkiniana se refiere a una actuación virtuosa o guiada por ejemplo por virtudes como lo es la justicia. Pero antes y para el ejercicio de esta ética y moral en el sentido fijado supra, se requiere de la comprensión y, para ello se debe operativamente tener un proyecto interpretativo. Para ello se necesita un proyecto, donde la mejor comprensión contribuya a explicitar su contorno⁷²².

Dworkin por su lado tiene una lectura de los conceptos morales como conceptos interpretativos. En igual forma el razonamiento moral cotidiano, como la filosofía moral sofisticada ambos implican el despliegue de la interpretación. Para Dworkin en el caso de Platón y Aristóteles, las virtudes y los vicios fueron conceptos interpretativos, cuyos argumentos de construcción representaban una técnica holística, donde a través de dos secuencias se construyen conceptos o concepciones de las virtudes y de los vicios, los cuales sirven de apoyo a una red axiológica, luego se da lugar a las interconexiones dentro de la red de conceptos

⁷²⁰ DWORKIN, Ronald, "*Justicia para erizos*", Óp. cit., p. 23.

⁷²¹ ARISTÓTELES, "*Ética a Nicómaco*", Óp. cit., p. 165-166.

⁷²² DWORKIN, Ronald, "*Justicia para erizos*", Óp. cit., p. 27.

éticos y morales. En este sentido las concepciones correctas morales, daban lugar a un estado de eudemonía (felicidad), que para Dworkin se precisa en una vida buena, donde estos conceptos condicionalmente coexisten de forma interdependiente, es decir, que un hombre valiente, también posee al mismo tiempo la templanza, sin embargo, una y otra virtud son diferentes. Este último planteamiento de las virtudes, vicios y justo medio presente en la *Ética Nicómaco* es una oda al método interpretativo⁷²³.

Dworkin precisa que Platón y Aristóteles abordaron la moral como un género de la interpretación, cuyo punto a destacar se encuentra en la red de relaciones entre virtudes morales y políticas, que también se encuentran en relación pertinente con el concepto ético de felicidad. En este sentido Dworkin plantea que nuestra aspiración acerca de vivir una vida buena nos da una razón para justificar su preocupación por lo que se debe a los otros, en cuanto el trato, es decir, que los principios morales deben interpretarse de manera que el hecho de ser morales nos haga felices en una dimensión Aristotélica⁷²⁴.

⁷²³ “El examen que Aristóteles hace de las virtudes individuales corresponde a la primera etapa de la interpretación moral conceptual: se concentra en los conceptos morales. Su examen se enmarca en otro, previo y más general, que presenta la segunda etapa, de carácter ético. Aristóteles comienza con un examen de las virtudes solo después de haber argumentado, primero, que la “eudemonía” consiste en una actividad de acuerdo con la virtud más completa, en una vida completa. El vivir virtuoso es necesario para una vida buena, dice, aun cuando no sea suficiente, porque una vida virtuosa podría ser desbaratada por grandes desventuras, como las sufridas por Priamo en Troya, o por la pobreza. Nadie diría que una vida maldecida por la pobreza o una terrible desventura es una vida buena, aunque sea virtuosa. Pero una persona podría ser rica y afortunada y estar plenamente satisfecha con su vida —podría ser, según la opinión corriente, absolutamente feliz—, y aun así no tener felicidad conforme a la concepción aristotélica, por no llevar una vida de actividad virtuosa. La conexión trazada por Aristóteles entre las virtudes y la felicidad es interpretativa, al igual que la de Platón. Es multidimensional y de apoyo mutuo, y no jerárquica. Nuestra manera de entender la felicidad —una vida buena— depende de cómo entendamos cada una de las virtudes, lo que a su vez depende de cómo entendamos cada una de las otras. Pero nuestra manera de entender las virtudes también depende de nuestro sentido independiente de lo que es la felicidad. Aristóteles revisa en forma constante su descripción de las virtudes preguntándose si la opinión corriente —en particular la de “los sabios”— aprobaría como feliz o exitosa una vida vivida de conformidad con la virtud así entendida. (Véase, por ejemplo, su descripción del papel del placer en la felicidad.)³² Esta última exigencia es otra vuelta más de la tuerca interpretativa, si suponemos que los sabios son jueces particularmente buenos de la virtud por ser ellos mismos virtuosos. Se incurriría en un grave malentendido si se condenara por circular el argumento de Aristóteles, no porque no lo sea en la amplia extensión que cubre, sino porque ese es su logro, no su fracaso. Debemos señalar, para terminar, una dimensión más de la interpretación a la que Aristóteles atribuye particular importancia. Declara, en efecto, que el proyecto de una mejor comprensión de la felicidad, y por lo tanto de la virtud, no es una indagación teórica, abstracta, sino que apunta a la acción, y sobre todo a la acción política”. Ibidem, pp. 181-185.

⁷²⁴ Ibidem, p. 187.

Agrega Dworkin que las virtudes morales incorporadas de orden interpretativo, involucran una red de conceptos que se refuerzan los unos a los otros armónicamente. Su armonía con la finalidad de la felicidad propia nos introduce en una construcción interpretativa mayor, lo cual nos obliga a justificar nuestras convicciones morales. Otro aspecto que señala Dworkin es que, a diferencia de Aristóteles, nosotros no deberíamos tener una visión excluyente entre la ética y la moral, es decir, que necesitamos un postulado Kantiano justificado con relación a lo que deberíamos acoger como nuestras metas propias con respecto a las obligaciones y los deberes frente a los demás. Sin embargo, este proyecto Dworkiniano tiene un tinte holístico, dado que busca una visión del buen vivir orientada por la propia interpretación de los conceptos morales⁷²⁵.

Kant, por su lado, vive en una sociedad donde hay diferentes tradiciones o visiones de vida buena y hasta variada tipología de sociedades. Kant se preguntará por la idea de justicia, en lugar de lo bueno, dado que avizora el pluralismo. Por ello, en el caso del derecho, se debe hablar en términos de correcto y no de lo justo, independiente de la tradición y condición interior de vida buena, puesto que la decisión que se toma en el rol juez implica efectos en el sujeto procesal y la sociedad, entonces el uso práctico de la razón orientará el fin de la justicia, el cual es modelo de vida buena, pero con una pretensión universal.

De igual modo, Kant desarrolló la idea de que hay un principio superior de la moralidad, el cual es a priori (universal), necesario y lo podemos conocer por medio de la razón. Este principio es demostrable para cualquier caso, no solo para un caso concreto. Parte de la buena voluntad, empieza señalando que es lo único bueno en sí mismo, todo lo demás que es posiblemente bueno⁷²⁶. Esta noción se desdobra en tres elementos a saber: la buena voluntad, el concepto del deber y una acción

⁷²⁵ Ibidem, p.189.

⁷²⁶ KANT, Immanuel, *“La Metafísica de las Costumbres”*. Óp. cit., pp. 19-20.

buena que es la que se hace por respeto a la ley⁷²⁷

Una buena voluntad es buena, debido a que se resolvió por la máxima, no se observa la consecuencia, la máxima que la decide acción buena es la que se hace respetado la ley. La ley que nosotros mismos nos damos, nosotros podemos determinar que se debe cumplir esa ley. La forma de esas leyes es de un imperativo categórico, lo cual obliga a volcarse sobre la idea misma de razón práctica, como un juicio sintético.

Nosotros somos seres humanos, podemos actuar por la representación de una idea de ley a diferencia de otros seres, por ello podemos orientar nuestra acción y constreñir nuestra voluntad. Actuamos de acuerdo con la representación y obligamos a nuestra voluntad, frente a otras inclinaciones. La razón práctica que nos representa el deber ser, nos da un mandato con el cual constreñimos la voluntad, de manera que reconocemos lo que se debe hacer, y se puede presentar que deseemos algo diferente, entonces el mandato deberá mandar sobre las inclinaciones, deseos y pasiones, al punto que nosotros queremos algo, pero debemos hacer otra cosa⁷²⁸.

La razón tiene dos tipos de imperativos a saber; los imperativos hipotéticos tienen la forma de si quieres “X” haz “Y”, de medio a fin, en los que para Kant uno no es libre cuando no sigue a su razón, ya que se debe fundamentar su moral y evita caer presa de sus inclinaciones y pasiones. Somos libres, sólo cuando somos capaces de sobreponernos a eso y actuar por el mandato de la razón⁷²⁹ ser libre y sometido a las leyes morales es la misma cosa. El imperativo categórico, el mandato moral no da recompensa alguna, puesto que es un mandato incondicionado, tiene la forma haz “X” o no hagas “Y”, porque eso es lo racional, porque es lo que debes atacar,

⁷²⁷ Ibidem, p. 251.

⁷²⁸ Ibidem, pp. 34-35, 50-51

⁷²⁹ Ibidem, p. 312.

no nos ofrece nada a cambio, porque es lo que debe hacer⁷³⁰.

En este contexto cuando los intereses son puros, no es importante el resultado de la acción. Puesto que así no alcanzará la misma acción, es más relevante el imperativo moral. La estructura parte de una idea de razón práctica, que libremente nos permite actuar de acuerdo con la representación de la idea buena. Este actuar implica que yo quiero que se vuelva ley universal, pues seré capaz de pasar de inclinaciones, e intereses a asumir un punto de vista moral imparcial. Yo no he de querer vivir en una realidad que sea “X”, yo queriendo “Y”, de ahí la importancia de la promesa en las sociedades, así como la confianza, ya que no he de querer una sociedad que me sea hostil y perjudicial⁷³¹.

Así las cosas, la razón práctica Kantiana pretende un tono universal que se construye a partir de un canon deontológico, es decir, el uso del imperativo categórico, donde no importa el resultado de la intención, ya que se guía la acción en el mundo por medio de lo moralmente bueno, esto es, la buena voluntad, en el sentido de decisiones justas para todos (una visión moral del mundo). Nosotros nos orientamos en el mundo por ideas que no son aún, pero que pueden llegar a ser, partiendo de presupuesto ideales de época, que en el caso de Kant eran la justicia, libertad, autonomía y la igualdad. Estos juicios contingentes son guiados por una idea de deber (autonomía), que se apoya en la libertad de voluntad buena (mandato), cuya representación ideal, como la justicia, el bien o la paz se funda en un imperativo categórico, el cual le obliga a actuar conforme a la representación, así su deseo sea otra cosa diferente.

Nos encontramos frente a un planteamiento deontológico, cuyo objetivo es la justicia. Los principios determinarán si mi acción es buena, sin condicionamiento alguno, es decir, sin una lógica de medio a fin. Está tipo de razón se desarrolla en

⁷³⁰ KANT, Immanuel, *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*. Óp. cit., p. 187.

⁷³¹ *Ibidem*, pp.182-187.

los campos de la ética, la moral, el derecho y la pragmática. A partir del imperativo fundamenta su ética, que él supone que parte de la razón práctica, inclusive lo lleva a una concepción del derecho expuesta en la metafísica de las costumbres.

Ahora bien, el juez de Dworkin es un juez Kantiano, más que un mítico modelo en el sentido griego de comunidad, dado que actúa por fines y no por medios, ya lo dice cuando exalta su reclamo moral en *El imperio de la Ley*, pues “...el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta. En este libro sostengo que los críticos no logran entender de qué se trata en realidad la controversia sobre las respuestas correctas, de qué debe tratar si la tesis escéptica, que no existen respuestas correctas, cuenta como cualquier otro argumento contra la teoría de derecho que defiende. Afirmando que la controversia es en realidad sobre moralidad y no sobre metafísica y la tesis de la respuesta-no-correcta, entendida como un reclamo moral, no es para nada persuasiva tanto en lo que respecta a la moralidad como al derecho.”⁷³².

Asimismo, juega un papel importante la concepción de dignidad humana en el contexto del uso de la razón práctica por parte del juez, pues éste en el desenvolvimiento de su rol debe respetar la vida de los demás, pues no se puede actuar de una manera que desprecie la importancia intrínseca de cualquier vida humana sin ofender al mismo tiempo su propia dignidad. Esta idea Kantiana retomada por Dworkin⁷³³ nos invita a tomar a los otros como fines y no como medios,

⁷³² DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Óp. cit., p. 12.

⁷³³ “Trazamos la conclusión apropiada en lo que he llamado principio de Kant: si el valor que uno encuentra en su vida ha de ser verdaderamente objetivo, tiene que ser el valor mismo de la humanidad. Debemos encontrar el mismo valor objetivo en la vida de todas las otras personas. Debemos tratarnos a nosotros mismos como un fin en sí mismo y, por lo tanto, por autorrespeto, debemos tratar también a todos los demás como fines en sí mismos. El autorrespeto también requiere que nos tratemos como autónomos en un sentido de esta idea: debemos adherir a los valores que estructuran nuestra vida. Ese requerimiento concuerda con nuestro segundo principio: debemos juzgar por nosotros mismos el modo correcto de vivir y resistirnos a toda coerción que pretenda usurpar esa autoridad. Estas dos exigencias de la dignidad plantean el desafío interpretativo que he descrito. No podría existir la opción, ni para Kant ni para nosotros, de resolver este riguroso conflicto mediante el equilibrio o el compromiso entre ambas exigencias. Cualquier compromiso sería necesariamente, tanto para Kant como para nosotros, un sacrificio de nuestra dignidad. Su respuesta, en consecuencia, consistió en ofrecer

pues el respeto por nuestra propia dignidad implica la de los otros, lo cual estaría también con el principio de trato igual⁷³⁴. Asimismo la concepción de armonía entre la moral, la política y el derecho de Dworkin, es visible en la *Paz Perpetua* de Kant⁷³⁵, puesto que allí Kant nos invita a entender la armonización de un derecho que está equilibrado con la política, en el sentido de no intervención arbitraria de parte de ésta, y la filosofía moral como orientadora en un sentido ético y deontológico, como teoría del derecho.⁷³⁶

El desarrollo de la tesis de responsabilidad moral tiene hondas raíces en los postulados del uso de la razón como rol y el actuar conforme a principio, dado que la forma de pensar los problemas morales por parte de Dworkin implica pensar los problemas morales desde la óptica de responsabilidad moral⁷³⁷. La responsabilidad, integralidad e interpretación son orientados por los principios, cuando en virtud de

mejores interpretaciones de las dos exigencias. A su entender, la autonomía no significaba la libertad de entregarse a cualquier inclinación que uno pudiera tener, sino una libertad que, entre otras cosas, implicaba estar libre de esas inclinaciones. Somos autónomos cuando actuamos por respeto a la ley moral y no en función de alguna meta específica: nuestro propio placer, por ejemplo, o lo que consideramos una vida buena, algún valor más trascendente e incluso el alivio del sufrimiento de otros.” DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Óp. cit., p. 255-256.

⁷³⁴ DWORKIN, Ronald. “La posible democracia, principios para un nuevo debate político”, Óp. cit., pp. 32-33.

⁷³⁵ “La base para esto la ofrece la doble actitud de la política, de utilizar para sus propósitos una u otra rama de la moral. —Son deberes ambos, el amor a los hombres y el respeto al derecho de los hombres; el primero es un deber condicionado, el segundo, por el contrario, es un deber imperativo incondicionado, que quien quiera entregarse al suave sentimiento de la benevolencia debe tener seguridad de no haberlo transgredido. La política coincide fácilmente con la moral en el primer sentido (como ética), en sacrificar el derecho de los hombres a sus superiores; pero en el segundo sentido de la moral (como teoría del derecho), ante la que debería inclinarse, la política cree aconsejable no introducirse en ningún acuerdo, prefiere negarle toda realidad a la moral y entender todos los deberes como actos de mera benevolencia; la filosofía haría fracasar, fácilmente, esta astucia de una política tenebrosa mediante la publicidad de sus máximas, si la política se atreviera a conceder al filósofo la publicidad de las suyas.”. KANT, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, Óp. cit., p. 68.

⁷³⁶ Ibidem, pp. 60-61, 68-69.

⁷³⁷ “Las convicciones sobre concordancia proporcionarán un requisito inicial que una interpretación de alguna parte del derecho deberá cumplir para ser elegible. Cualquier teoría de trabajo posible invalidaría una interpretación de nuestro propio derecho que negara la competencia legislativa, la supremacía absoluta o que sostuviera un principio general de derecho privado que requiriese que los ricos compartan su riqueza con los pobres. Esa prueba inicial eliminará interpretaciones que algunos jueces preferirían, de modo que los hechos reales de la historia legal limitarán de esta manera el papel que puedan desempeñar las convicciones personales sobre justicia en las decisiones de cualquier juez. Distintos jueces establecerán esta prueba inicial en forma diferente. Pero cualquiera que acepte el derecho como integridad debe aceptar que la actual historia política de su comunidad verificará a veces sus otras convicciones políticas en su juicio interpretativo general. Si no lo hace, si su prueba inicial de concordancia deriva por completo o es ajustable a sus convicciones sobre justicia, de modo que la última proporcione de manera automática una interpretación legible, no puede reclamar de buena fe estar interpretando su práctica legal. Al igual que el novelista en cadena cuyos juicios sobre concordancia se ajustan automáticamente a sus opiniones literarias sustantivas, está actuando de mala fe o se está engañando.”. DWORKIN, Ronald. “El imperio de la justicia”. Óp. cit., p. 184.

su rol es responsable moral, se plantea los problemas en primera persona, lo cual obliga en el caso del juez Dworkiniano a hacerse responsable de su postura. Esto implica que la respuesta correcta implique una razón privada (rol) Kantiana, cuyo pegamento en la decisión es la coherencia y el compromiso al asumir postura en primera persona, con lo cual se le da una estocada mortal al escepticismo.

Para terminar, se debe resaltar el énfasis de Dworkin en la forma de abordar los problemas morales, lo cual consiste en asumir una responsabilidad moral, cuya base está en la integridad. Sin embargo, su desenvolvimiento será interpretativo. Todos poseemos inclinaciones a nivel moral, cuya herencia antropológica e histórica nos lleva a entrelazar valores e interpretarlo. Pero debemos asumir la carga de la convicción con responsabilidad, la cual es una virtud en el actuar frente a eventos o personas, que se cualifica cuando se posee un rol, como el juez que debe actuar orientado por principios⁷³⁸.

De cierta manera Dworkin encarna una racionalidad Kantiana en el derecho, la cual echa mano de una técnica judicial constructiva y de responsabilidad. Sin embargo, esta perspectiva no se apoya en la naturaleza o en una tradición, sino que descansa en un enfoque constructivista Kantiano moderno de corte liberal igualitario contractualista⁷³⁹. En este contexto se debe reconstruir la racionalidad, puesto que un operador judicial que no tenga una racionalidad o tradición constitucional, difícilmente podrá justificar sus decisiones. Los Principios universales encarnan el derecho, y la tarea del juez es la de rehacer los sedimentos de las prácticas judiciales, los cuales llevan a la corrección y seguridad jurídica. Asimismo, los principios demandan de una teoría de una razón práctica que las justifique y acople de forma razonable, puesto que en la práctica son proposiciones jurídicas o argumentos, que asumen su peso conforme a la argumentación y teoría que los

⁷³⁸ DWORKIN, Ronald, *“Justicia para erizos”*, Óp. cit., pp. 105-106.

⁷³⁹ GARCÍA, Alfonso, *“PRAXIS -Una introducción a la moral, la política y el Derecho”*, 1 ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007, p. 232.

justifica, donde el ejercicio de razonar implica la toma de responsabilidad, junto con la comprensión de las dimensiones ética y moral, en el sentido del estudio de cómo vivir bien la vida y cómo tratar a los otros respectivamente. Asimismo, esta razón práctica no puede estar distorsionada por factores externos, sino sometido a la voluntad autónoma, la cual debe ser ajena a percepciones psicológicas antípodas al imperativo categórico, así como elementos heterónomos, pues la validez y legitimidad no puede estar condicionada. En el caso, Dworkin es un reflejo perfecto del imperio de los principios y el destierro de la discrecionalidad junto con el activismo judicial desmedido, donde el ejercicio del rol de juez es regido por principios morales derivados de un proceso democrático que dotan de objetividad las decisiones judiciales.

7.1. Resumen y consideraciones

La razón práctica es un tipo de razón que nos permite orientarnos en el mundo, y nos afirma la conducta mediante el uso de los imperativos categóricos. Esto implica regirse por el deber de acatamiento a los principios. Esta racionalidad se desenvuelve en áreas, como la moral, la ética, el derecho, la política y la pragmática, la cual está pensada para una sociedad, que distingue los roles privados y públicos, cuyo presupuesto principal es la libertad. Aunque existan múltiples concepciones de vida buena, el canon deontológico nos orienta hacia la justicia, que aporta los principios universales.

El proceso de la razón depende de las facultades sensibles y cognitivas, donde las intuiciones que nos afectan en el mundo luego son enlazadas para formar los conceptos que nos permiten diferenciar y organizar, para finalmente razonar. Kant nos indicará los límites de la razón, con lo cual la forma especulativa nos impide la posibilidad de ir más allá de la experiencia posible. Sin embargo, existe otro tipo de razón diferente, que conlleva una responsabilidad libre incondicionada, que como ser social se rige por valores y principios, y se orienta a la justicia. Está razón

práctica es muy diferente a la Aristotélica, la cual se basa en los valores de la comunidad y la prudencia, como virtud que busca balance en contextos y la felicidad en sí de las personas.

Kant por su lado, se desenvolverá en el contexto de las sociedades nuevas, donde existen más de una concepción de vida buena, a diferencia de los griegos. Por ello el manejo deontológico en términos de correcto o incorrecto, y no de lo justo o injusto, dado que pretende un canon de universalidad y no de relatividad contextual. Este contexto exige un principio a prior superior que parte de la buena voluntad, se desarrolla en el deber y se aplica en la acción. La forma de las leyes que rigen este actuar, son imperativos categóricos, con los cuales nos damos leyes autónomas incondicionadas, que constriñen nuestra voluntad de las pasiones y deseos.

Esta razón práctica que pretender ser universal, tiene una base deontológica, que guiará nuestra acción en el mundo, cuya formas ideales persiguen la justicia, el bien o la paz, no importando el resultado propiamente, sino la buena voluntad, la cual implica una responsabilidad. Dworkin a través de su tesis de la respuesta correcta hace un reclamo moral, que lucha contra el escepticismo en un campo moral y no metafísico, donde la dignidad humana en el cumplimiento de los roles nos llama a tomar a las personas como fines, como una forma de dignificarnos a nosotros mismo. Un ejemplo es el uso del principio de trato igual.

En Dworkin la razón práctica tendrá una fuerte influencia Kantiana, en el sentido de la responsabilidad del uso de un rol, la dignidad del trato a los demás y el orientarse por principios en la resolución de problemas en el mundo, pero tomando responsabilidad moral. Esta responsabilidad moral involucra asumir los problemas morales en primera persona, es decir, aplicar la responsabilidad como virtud en observancia de la coherencia, básicamente, para combatir el escepticismo, mediante un ejercicio interpretativo autónomo e incondicionado, que es alumbrado por la moral política.

CONCLUSIONES

En el capítulo de Introducción a este trabajo nos propusimos examinar como objetivo general la forma y elementos en que se edificó la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta en el derecho. Establecimos también cuatro objetivos específicos: i) describir el contexto y la tradición jurídica de Ronald M. Dworkin; ii) presentar la tesis de la única respuesta correcta a partir de la obra de Dworkin; iii) identificar los presupuestos que constituyen la tesis de la única respuesta correcta en el derecho; iv) clarificar la procedencia de los aportes filosóficos que pueden contribuir a fundar la tesis de la única respuesta correcta en el derecho. Esto es lo que hemos llevado a cabo, como se especificará en este capítulo de conclusiones.

Fruto del desarrollo de estos objetivos, considero que la tesis de la respuesta correcta se edificó sobre la base de las críticas al positivismo, donde la lectura moral del derecho juega un papel definitivo para concebir una tercera vía entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. La respuesta correcta es un reclamo moral, por lo tanto, la exigencia al juez, en el sentido de responsabilidad del rol institucional, se hace manifiesta en la necesidad de acoger una visión de objetividad que se construye por orientación de una razón práctica que responde a la moral política.

En este orden de ideas, la tesis que defiende es que existen una serie de presupuestos que pueden posibilitar la respuesta correcta. Estos presupuestos se desarrollan en un terreno democrático que ha incorporado valores a sus instituciones, para garantizar los derechos individuales y colectivos de los miembros de la comunidad, frente a los posibles excesos de las mayorías.

1. Contexto y la tradición jurídica de Ronald Myles Dworkin

En la primera parte del capítulo I abordamos un contexto direccionado a revisar los aportes del constitucionalismo norteamericano a través del acopio de los análisis de contemporáneos a la formación democrática y constitucional de los Estados Unidos transitando tres eventos importantes, como lo son la independencia, el proceso de formación de la constitución de 1787 y control constitucional. En particular se abordó el principio de supremacía de la constitución y su utilidad en el ejercicio judicial a través del control difuso, el cual se inaplica los contenidos legislativos que son contrarios a la constitución. De igual modo se identificó una perspectiva orientadora del derecho, como una validez iusnaturalista deísta Lockeano.

De esta parte pudimos ver que como resultado de la revolución de independencia se formó una república de corte constitucional democrática, cuyo apoyo en la reivindicación de derechos individuales se fraguó desde una perspectiva iusnaturalista deísta, donde el protagonista es el constituyente primario y el estado es una desdoblamiento, en un ambiente que pretende ser orientado por la equidad, en un marco legislativo que ellos mismos se dan, dado que consideran que el derecho natural los habilita para participar en una democracia constitucional.

La visión iusnaturalista de los constituyentes norteamericanos acompañó con mucha fuerza el proceso de independencia. La tradición cristiana – protestante fue un soporte filosófico de la constitución e instituciones.

Prueba de ello, se encuentra en la abierta posición iusnaturalista de varios constituyentes, de los cuales algunos, se apoyaban en el pensamiento jurídico de Blackstone, recogido en su famosa obra *Commentaries on the Laws of England*. Esta obra, entre otros aspectos, refería una ley superior dictada por Dios, como fuente de validez de las leyes humanas.

De igual modo, la filosofía política y el iusnaturalismo de Locke tuvo una moderada decantación en la sociedad norteamericana, dado que en especial dos ideas calaron, a saber: la creencia de que la mente puede ser considerado como un tablero en blanco, la cual tiene representaciones que son vínculos individuales de personas que le dan una forma contractual voluntaria y revocable, por otra parte, la idea de que las sociedades integradas por personas independientes configuran estados antitiránicos para la defensa y garantía de los derechos naturales.

Pudimos observar que la tradición jurídica inglesa fue adoptada por los colonos revolucionarios, como soporte para hacer patente un trato diferencial negativo hacia los colonos. Echando mano de la interpretación del juez Coke respecto de la Carta Magna, exigieron un trato igual al de sus “pares insulares”, en particular el reconocimiento de derechos como el debido proceso, el juicio por jurado, la improcedencia de detenciones arbitrarias y la igualdad de trato judicial.

De lo anterior, para Dworkin será pilar de su nomarquía, el plantear el trato igual como uno de los principios y derechos medulares en su postulación teórica. Asimismo, la tradición Blackstoniana profundizó tanto en la formación jurídica de los norteamericanos, que la afirmación de que el derecho debe tener una visión amable por parte del común y los ciudadanos deben educarse en ella es asimilada por Dworkin, en el sentido que el derecho para éste es una forma de integración, pues través del derecho, se acopian principios que reúnen intereses y aspiraciones como sociedad, como, el principio de igualdad jurídica o igual respeto.

El gran resultado del proceso de independencia acogió la filosofía política y el constitucionalismo liberal. Fue un modelo de constitución rígida, con procedimientos complejos de reforma y un sistema de controles y contrapesos, donde se cuida de los derechos individuales de pueblo soberano. Igualmente, fue un novedoso aporte el control constitucional difuso, bajo el cual se puede declarar nula una ley contraria a la constitución. Esto significó un límite a las arbitrariedades del poder legislativo y

la superlatividad constitucional. Esta herramienta en el campo judicial apoya la superlatividad constitucional como un límite al poder político y garantía de los derechos individuales, es decir, como un “Higher law”, cuyo fin es que el poder legislativo está subordinado a la constitución y, en virtud de esto, la Corte Suprema de los Estados Unidos interpreta con el rasero de la supremacía de la constitución.

En conclusión, podemos decir que los Estados Unidos de América están instituidos, pero en constante adaptación, sobre elementos de la filosofía europea, la religión protestante, un catálogo de derechos individuales y la tradición jurídica inglesa. La validez precede la formación de los poderes estatales, y su legitimidad se manifiesta a través de la soberanía popular, en una democracia constitucional, cuya eficacia depende del respeto de los derechos individuales, dentro de una organización territorial federal, que se gobierna por un sistema presidencialista.

Por otro lado, en el segundo capítulo, se presentaron rasgos generales del *Common Law* en los Estados Unidos de América, a la vez que se analizó la aplicación del precedente, para luego resaltar los hitos judiciales y tendencias importantes en las diferentes Cortes Supremas estadounidenses. Posteriormente, se finalizó este aparte con la aproximación a la visión de precedente desde la perspectiva de Dworkin en diálogo con su visión de derecho.

El *Common Law* como tradición jurídica implica el encuentro de una cultura que se entreteje con una historia común. Su ontología jurídica se concibió a través de las prácticas que se aplican al estudio, enseñanza, elaboración y uso de éste en su contexto. El desarrollo de esta tradición inglesa se proyecta a través de la suma de precedentes judiciales de los Tribunales Reales y de Cancillería, cuya fuente de derecho predominante fue la jurisprudencia (*judge made law*), logrando luego en 1875 con la fusión de la *Equity* y el *Common Law* un avance en la homogeneización y, en consecuencia, la creación de una Suprema Corte de la Judicatura.

La codificación del derecho de esta tradición contrasta frente a la discrecionalidad de los jueces y la disputada en la doctrina jurídica de creación de derecho por la vía judicial o el descubrimiento del derecho como presupuesto de seguridad jurídica. En el caso de los norteamericanos, su sistema legal federal, cuenta a su vez con cincuenta sistemas legales estatales, los cuales participan de instituciones jurídicas y procedimientos heredados del *Common Law* inglés. La regla formal de *stare decisis* es una doctrina obligatoria. En contraste y excepcionalmente, bajo la distinción de casos, el juez puede inhibirse de seguir algunos precedentes, basado en condiciones materiales diferentes, con lo cual es posible revocar sus propias decisiones. Con respecto a la legislación no percibe en ella una regla, dado que sobre la base de la interpretación y uso de la corte es que se incorpora en los precedentes.

El control de control de constitucionalidad no se ciñe exclusivamente a leyes federales, sino que su ejercicio se trasciende a todas las jurisdicciones del *Common Law*, por lo que todo el conjunto fallos también pueden ser revisados. La Corte Suprema de los Estados Unidos en sus diecisiete Cortes formó una jurisprudencia con la pretensión de garantizar la constitución y no la voluntad del parlamento, aunque en realidad ha vagado entre enfoques liberales, moderados y conservadores.

Asimismo y como excursio se anota que, a pesar de los grandiosos avances constitucionales y democráticos de los norteamericanos, en su política exterior no tienen un itinerario verdadero de ideales constitucionales liberales y democráticos⁷⁴⁰, ya que parece existir, en verdad, una disonancia cognitiva⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ JARAMILLO, Juan; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo, “*El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*”, Óp. cit., p. 296.

⁷⁴¹ Ver SELSER, Gregorio, “*Cronología de las intervenciones extranjeras en América Latina: 1899-1945*”, Tomo III, 1 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001; COCKCROFT, James, “*América Latina y Estados Unidos: historia y política país por país*”, 1 ed, Argentina: Siglo XXI Editores S.A., 2001, p. 62-70; GARCÍA, TorreCuadrada, “*La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ISSN-e 0041-8633, N.º 109, 2004, págs. 207-260; “*Ocho*

Por otro lado, en la perspectiva de Dworkin podemos señalar que las decisiones judiciales son un constructo narrativo análogo a una novela en cadena, cuya suma de precedentes honra una tradición constitucional que halla en cada decisión judicial el encuentro del presente y el pasado en una coherente edificación, como la mejor versión del derecho. Casos difíciles como el de segregación, deben resolverse a través de principios inmersos en la constitución, como fortificación contra las mayorías y en defensa de los derechos individuales. Una responsabilidad como deber de los jueces debe aspirar al progreso moral.

2. La tesis de la única respuesta correcta

En el capítulo III, se abordó el problema de la tesis de la respuesta correcta, como un descubrimiento creativo-constructivista, junto con las críticas más relevantes, de lo cual se pudo concluir que en casos donde no hay una norma específica de aplicación en términos de todo-nada existe una respuesta correcta, pero ésta debe ser hallada a través de una amalgama de prácticas particulares que unen el pasado con el presente, mediante una narrativa en cadena, en el marco de una tradición constitucional que reconstruye el derecho como coherencia, bajo la guía de principios traídos de la moral política.

La tesis de la respuesta correcta se origina a partir de las discrepancias de Dworkin con el positivismo jurídico, y específicamente el de Herbert Hart. No obstante, la respuesta correcta es un reclamo moral o llamado de atención a los operadores jurídicos, en el sentido del deber frente a la comunidad política. Las críticas fundamentalmente son a la interpretación y la discrecionalidad, cuyo fin se dirige a

de las invasiones de EE. UU. en América Latina y El Caribe". Disponible en: <https://www.hispantv.com/noticias/ee-uu-/370086/invasion-militar-america-latina-caribe>

la seguridad jurídica y la protección de los derechos individuales de los miembros de la comunidad política en una enmarcada concepción de moral-política constructivista.

Los principales aspectos de esta tesis son: i) La existencia de un derecho preestablecido (no hay lugar a la creación de derecho, irretroactividad), ii) el juez no posee discrecionalidad en sentido fuerte ni un poder político, iii) una teoría del derecho que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes⁷⁴², iv) los principios son estándares orientadores en el contexto de los casos difíciles, v) los principios, a diferencia de las reglas en el contexto de los casos difíciles, se aplican mediante un criterio de peso que es construido a través de un conjunto de prácticas.

La problematización de la respuesta correcta se abordó mediante la filosofía moral y política, en una visión donde la concepción moral es una triada equilibrada de derecho, política y moral (moral política) de corte deontológico, porque a los principios se les asigna pesos determinados dentro del sistema jurídico y con pretensión de universalidad. De esta forma, éstos permiten llegar al campo de lo correcto, porque el juez decide sobre casos difíciles echando mano de los principios por deber.

El cómo se fórmula esta tesis de la respuesta correcta se encuentra inmerso en la crítica al punto de vista interno del ejercicio del derecho, debido a que ataca el ejercicio de interpretación positivista. El propósito debe ser la justificación y la coherencia narrativa del discurso jurídico, y no una forma apodíctica o analógica de aplicación del precedente.

⁷⁴² DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 20.

El objeto de estudio es el arbitrio judicial, donde el juez Hércules halla el valor de verdad de las proposiciones jurídicas mediante la edificación de argumentos que justifican una posición acudiendo a principios de moral política e instituciones del derecho.

El para qué de esta tesis está en el reclamo a los jueces acerca de qué deben establecer como vinculante normativamente. Estos deben hallar la mejor decisión judicial, con la cual se justifica el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, mediante la argumentación en el marco de una valoración a través de la selección de los principios e institución del derecho.

El fin de esta tesis está en responder a las necesidades de la comunidad política con coherencia y en observancia de los principios instituidos, con un juicio de justicia, donde existe el respeto y el trato igual por aplicación de principios, los cuales están abrigados por alguna decisión judicial de la historia.

El Juez Herculeano actúa bajo el deber moral de corte kantiano, pues busca la justicia como fin, mediante un razonamiento de moral política, donde la fuerza gravitacional de los precedentes se nutren argumentos de principio la justificación de la jurisprudencia construida con elementos coherentes entre sí de los precedentes históricamente interpretados como el sentido original que ensambla el pasado con el presente, en una narración perfectible que reposa en el canon de concepción del derecho como integralidad.

Finalmente, es importante fijar que este tipo de juez Herculeano actúa con una responsabilidad moral, la cual no puede rodear una situación que implique tomar una posición respecto principios. Por ello, Dworkin diferencia entre indeterminación e incertidumbre al mismo tiempo que las invalida.

3. Presupuestos que permiten la existencia de la tesis de la única respuesta correcta del derecho

Del capítulo VI al Capítulo VIII se identificaron los presupuestos que posibilitan la existencia de la tesis de la respuesta correcta como condiciones necesarias no suficientes para su realización.

El presupuesto de la preexistencia del derecho. El juez descubre el derecho sin acudir a criterios discrecionales retroactivos, de manera que en el marco del juego democrático existen elementos derivados de una moral política, que es institucional y da elementos para la argumentación, interpretación y justificación dentro de la disputa judicial. De este modo, la preexistencia de los derechos y principios, aunque ninguna norma exista específicamente en términos de una adecuación todo o nada, dará lugar a que le corresponda a una de las partes el derecho de ganar.

El presupuesto de una teoría del derecho. El derecho es una práctica interpretativa de corte constructivista, donde la mejor versión de la decisión judicial se sustenta en una robusta justificación de las prácticas del contexto jurídico, tomando en cuenta la observancia de la ley positiva, el trato igual y la predictibilidad de las decisiones. Esta concepción de derecho es atravesada por la idea de principios que configuran la integridad, bajo una metodología de encadenamiento constructiva de la jurisprudencia a través de la suma precedentes en un coherente relato, que conforma el valor en cuanto propósito. De igual modo, este concepto de derecho busca en los casos difíciles hallar los principios válidos a partir de un ordenamiento jurídico determinado integrando a su concepción la moral política, como condición necesaria de la verdad. Estos principios permiten justificar desde la visión de un juez Hércules las decisiones judiciales en un marco coherente y continuo con una tradición jurídica y de moral política fuerte, esto es, la suma de contexturas espirituales cuya narración congruente de elementos jurídicos del sistema jurídico y el sistema moral dicen, qué es el derecho vigente. Es decir, una

visión como de erizo que se traduce en la hermandad del derecho y la moral, como una estructura de árbol. El derecho como apéndice es lo que debe ser, en el entendido de lo justo. Un paso más allá de la visión hermenéutica de la tradición gadameriana, una concepción de derecho deontológica e interpretativa.

El presupuesto de contexto. Corresponde a un sistema jurídico complejo y avanzado que cuenta características de legitimidad, validez y eficacia en su abundante normativa y sus desarrollados precedentes judiciales. Allí, se discuten razonablemente casos difíciles, los cuales permiten que se construyan justificaciones de las decisiones judiciales, que expliquen y argumenten el uso de una teoría del derecho determinada. En el contexto de un sistema jurídico avanzado Dworkin consideró que la probabilidad de empates es muy baja. Los operadores jurídicos, por ende, tienen el deber de esforzarse minuciosamente para apreciar cuál de las partes intervinientes posee razones superiores frente a su adversario judicial.

El presupuesto democrático. El contexto de una democracia se rige por la igualdad, como trato igual en el marco del respeto y la autonomía. Los derechos individuales deben contar con un canon de preexistencia en una perspectiva de triunfos políticos infranqueables por metas colectivas. A su vez, podemos ver otro tipo de derechos, como los derechos básicos, los cuales son derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad. Los derechos institucionales, son más específicos, y son válidos contra una decisión de institución particular. Los derechos legales son una especie distinta de un derecho político. Éstos se entienden como un derecho institucional a la decisión judicial, lo cual puede devenir de una sentencia judicial en casos difíciles en que no hay una decisión previa o una práctica explícita que exija una decisión en determinado sentido, por lo cual esos derechos y la decisión en sí derivan de argumentos de principio.

El presupuesto deontológico. Este presupuesto se caracteriza por requerir al juez el deber de emplear principios jurídicos al caso difícil, orientados por una razón práctica que se guía por la moral política. Esto implica una exigencia en la justificación y coherencia con el precedente, cuya finalidad es la justicia.

El presupuesto de una teoría de principios. Los principios son estándares que deben ser acatados, debido a que son una exigencia de la justicia y la equidad o en sí de la moralidad (convención constitucional). Su caracterización estará mediada por: su preexistencia; su obligatoriedad; la ausencia de jerarquía o axiomática (con excepción de los dos primeros); su peso constructivo; su fuerza argumentativa, que establece condiciones necesarias de uso; su función orientadora, que no fija consecuencias jurídicas, ya que da razones no sólo para un caso concreto; y su condición de fundamento de los derechos. Los principios no son derecho por su origen, inclusive cuando son acogidos por los jueces. Asimismo, los principios no responden a una jerarquía, porque tienen una dimensión dinámica, cuando se balancean por su importancia o peso para el caso concreto. Este peso se construye a partir de argumentación, el cual se justifica racionalmente en el norte de lectura moral de la constitución (percepción de importancia moral positivizada en la constitución), cuya historia institucional suelda presente y pasado en una forma coherente, mediante una metodología de narrativa de novela en cadena. Su objetivo funcional es el de orientar la construcción de los argumentos, que justificarán la decisión judicial. En la tarea de hallar los derechos y obligaciones de las partes, los jueces fundamentarán los derechos en juego, por medio de los principios jurídicos o morales.

El presupuesto de la teoría de derechos. Se fundamenta en la filosofía liberal igualitaria, cuyo objetivo en el campo judicial es asegurar los derechos individuales frente las agresiones de la mayoría. Cabe anotar que la decisión judicial excluye la discrecionalidad del juez. Esta concepción consideró que las instituciones

norteamericanas reconocen los derechos sobre la base de la igual consideración y respeto.

El presupuesto narrativo de novela en cadena. La tesis de la respuesta correcta opera, mediante una serie de etapas sucesivas, las cuales acopian precedentes en un coherente relato: i) *ontológica o preinterpretativa*. Aquí, se encuentran las normas y el precedente que empleó el peso de los principios inicialmente, es decir, se suministra el contenido provisional de la práctica jurídica. Esto se entiende como el consenso interpretativo en el campo judicial. ii) *Hermenéutica o interpretativa*. El juez en esta etapa discute sobre la necesidad de la teoría del derecho que está inmersa en la praxis jurídica. Luego establece una argumentación de carácter general de los elementos de la práctica identificada en la etapa anterior, pero reclamando el uso de una combinación de prácticas y principios sobreentendidos, que están presentes en la historia de las instituciones jurídicas. iii) *Constructiva-práctica o posinterpretativa*. En este punto se ajusta de la mejor forma posible el sentido de la práctica del derecho como construcción coherente de la versión admitida en la etapa interpretativa.

El presupuesto de la teoría de la interpretación. Su concepción de interpretación se levanta a partir de la interpretación del arte y las prácticas sociales. Ambas persiguen interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas. A este punto lo llamaré *interpretación creativa*, el cual necesita de la categoría de la actitud interpretativa, cuya importancia reside en i) una supuesta práctica, que implica un valor en cuanto sentido, entendido como propósito o interés que hace que se cumpla esa práctica por un principio ; ii) el otro aspecto está en suponer que los requisitos de comportamiento y juicios de la práctica, no son considerados uniformemente lo que siempre han sido, ya que dependen del principio o sentido para que las reglas se apliquen. La suma de esos presupuestos es la actitud interpretativa como obtención de significado en la perspectiva de la mejor versión. Asimismo, la interpretación para Dworkin también se trata de la responsabilidad

deontológica a partir del compromiso de la posición interna y la lucha por introducir objetividad en el mundo jurídico, mediante un razonamiento interpretativo, que envuelve un ejercicio de responsabilidad moral, el cual da lugar a la verdad (concepto interpretativo), donde el individuo construye una teoría que justifica su posición como la mejor y correcta.

El presupuesto de la razón práctica. Este implica orientarse en la resolución de problemas jurídicos a través de principios, pero bajo la exigencia de asumir la responsabilidad del rol y, así plantear y resolver el problema asumiendo una posición coherente en primera persona. El criterio orientador de la razón práctica es la moral política.

El presupuesto de la teoría de la verdad. La verdad es un concepto interpretativo, que se presenta como el resultado de hallar la mejor justificación coherente en una narrativa judicial, que echa mano de una serie de elementos deontológicos dentro del sistema legal, a través de una interpretación holística, que construye y asigna un peso a los principios morales en juego, a partir de los principios de dignidad en una concepción que engloba una visión de árbol que, a partir de la moral ramifica al derecho y la política en éste. Igualmente, su concepción de verdad epistemológicamente es una versión Rawlsiana de equilibrio reflexivo, por la asunción del presupuesto de principios morales en un juego democrático de ajuste recíproco deliberativo de principios universales y juicios de valor particulares. Asimismo, su ontología se basa en descubrir lo que es derecho en un contexto moral, que existe, está ahí, solamente se debe hallar y no se inventa (no es metafísico). Ese contexto moral es una dimensión ontológica diferente, pero real que se debe encontrar, partiendo de unos acuerdos en teoría del derecho, los principios, los derechos y la justicia. Hay una red que se aclara en su obra de justicia para erizos, un planteamiento como el erizo, que está articulado en un mundo de zorros posmodernos.

4. Clarificación de la procedencia de los aportes filosóficos que contribuyen a la tesis de la única respuesta correcta en derecho.

4.1. Donald Herbert Davidson

Davidson plantea que en el campo de la objetividad los intervinientes se interpretan mutuamente respecto de una incitación, como una acción u objeto, y la racionalidad de las premisas de cada uno estará mediada por la coherencia con relación a la adecuación de cada argumento, donde la red construida por cada uno permite una convergencia holística, de argumento en argumento, de manera que la objetividad es una construcción en el contexto dinámico del lenguaje, cuando nos comunicamos y, por ende nos entendemos, teniendo como resultado el consenso o acuerdo intersubjetivo. Por lo anterior, podemos acercarnos a los dos métodos (Dworkin - Davidson) y concluir que son cercanos, dado que de un lado Davidson apela a su recurso de caridad racional, con el cual se marca una presunción modo de condición necesaria para entendernos, la cual consiste en que se consideran las premisas del interlocutor verdaderas, so pena de probarse un estado antípoda a la verdad. Por su lado Dworkin concibe un método de narración de novela en cadena, cuya característica diferenciadora es el desenvolvimiento monológico del operador jurídico, el cual está limitado por principios morales-jurídicos, que restringen su discrecionalidad y garantizan el juego democrático, por hallar los principios aplicables a casos difíciles a partir sólo de la constitución, de manera que la verdad es la mejor versión de una lectura moral que dialoga con las posiciones de los precedentes judiciales e instituciones jurídicas coherentes con una democracia liberal igualitaria. El ejercicio de hallar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas en el caso de Dworkin se desenvuelve en la justificación de una posición enmarcada por una valoración del sentido de los principios, valores e institución del derecho. Una coincidencia con el pensamiento de Davidson es que la objetividad se construye también con la suma de opiniones que coinciden en su contextura

espiritual (argumentos), los intervinientes son intérpretes que construyen la objetividad en la comunicación, sin embargo, Dworkin dialoga a través de su juez Hércules con los operadores jurídicos del pasado y un conjunto de principios morales hijos de las revoluciones liberales. Así las cosas, cuando Dworkin plantea que la respuesta correcta está inmersa en el ordenamiento jurídico, pero debe ser hallada y que, por lo tanto, los casos difíciles tienen una respuesta correcta, coincide con Davison porque la objetividad también se halla. Pero éste plantea que se hace en el vehículo del lenguaje que viaja en la autopista de la comunicación, donde confluyen argumentos y posturas objetivas dadas por el lenguaje, las cuales cimientan el acuerdo y la objetividad de lo discutido. La diferencia estriba en que uno es monológico, y el otro dialógico.

4.2. Hilary Whitehall Putnam y Jürgen Habermas

Putnam considera que sin la referencia a los valores no existe posibilidad de expresar una norma. Asimismo, el relativismo de los valores implica una afectación de la norma. Éste es un contexto de indefinición de la discusión y el conocimiento de los deberes para el que interactúa en ese contexto, de ahí que no sea acabada la verificabilidad. Su visión acerca de los acuerdos en el marco de la ética discursiva dio lugar al concepto ético denso, el cual envuelve la dualidad valorativa y descriptiva, lo cual lo hace difícilmente neutral, pero, según él, no ilegítimo.

Ahora bien, Dworkin no separó lo prescriptivo de lo evaluativo, pero sí tiene una fuerte carga deontológica en el aspecto prescriptivo, dado que el imperativo categórico y el rol institucional busca neutralidad. La objetividad de Dworkin parece estar más cercana a la idea de Habermas, pues el apoyo final de la justificación está en el valor institucional de los principios derivados del proceso democrático, donde responde a una razón práctica que lee un solapamiento entre todo el conjunto de principios y derechos democráticos con la moral que exige una comprensión deontológica respecto de la validez jurídica. Esto quiebra la hermenéutica

tradicionalista, pues se vuelca a un constructivismo interpretativo soportado en la neutralidad y el contexto cerrado de un sistema jurídico avanzado⁷⁴³.

4.3. John Bordley Rawls

Dworkin en vida reconoció que incorporó de Rawls a su trabajo elementos vitales para el desarrollo de la tesis de la respuesta correcta y las condiciones de objetividad de ésta. Los principios de justicia de Rawls edificarán los criterios de la razón pública para efectos de orientar las decisiones judiciales, pues los jueces están obligados a justificar sus decisiones con argumentos correctos. El criterio rector estará dado por los ideales comunes y abstractos coagulados, mediante el ejercicio del equilibrio reflexivo que darán lugar al fruto de la moralidad política. La formación de instituciones imparciales en los términos de Rawls apoyará la idea Dworkiniana de que es necesario el contexto de la democracia para efectos de considerar la posibilidad de respuestas correctas, pues instituciones con una base procedimental imparcial que tengan como fin la justicia darán el espacio para priorizar los derechos de la gente, bajo un trato igual. En este sentido los intereses como sociedad estarán alineados a los de las instituciones, a través del uso de la razón pública, es decir, un procedimiento neutral incorporado como un imperativo categórico. La legitimidad de las instituciones en virtud de la razón pública permitirá concebir un nivel superior de los servidores públicos, pues en el caso de los operadores jurídicos estos deberán justificar sus decisiones, con lo cual se ataja la discrecionalidad. Lo valioso de los elementos Rawlsianos se encuentra en que la forma en que el juez resuelve un caso difícil está en la forma en que llega a la respuesta correcta, dado que exige más allá de visiones apodícticas. Finalmente, la interpretación guiada por principios limitará el autoritarismo y, permitirá decisiones iguales a casos iguales. Esta última condición minará el camino para la estabilidad y el uso de argumentos razonados para justificar cambios o el mantenimiento de la

⁷⁴³ Pese a la cercanía con Habermas, éste criticara fuerte la labor monológica del juez de Dworkin.

posición, de manera que el precedente tendrá un peso importante en garantía del derecho al trato igual, completándose así un contexto democrático que goza de imparcialidad.

4.4. Willard Van Orman Quine

Las similitudes y apoyos teóricos que se usan, por parte de Dworkin, en el desarrollo teórico de su tesis de la respuesta correcta en derecho. Para empezar los dos autores consideran a las creencias, como un sistema interrelacionado, donde ninguna de las proposiciones está exenta de revisión. Asimismo, el planteamiento de que no existen planteamientos sintéticos, que no se pueden considerar analíticos, así como que las proposiciones o afirmaciones implican la prescripción y descripción son elementos presentes que se pueden rastrear en los dos autores.

La consideración holista, en sí, se le atribuye a Dworkin, porque él considera que las proposiciones por sí solas no poseen significado, dado que estas siempre estarán acompañadas y sustentadas en teorías o en su forma básica que creencia que luego se podrán sofisticar o mejor objetivar. En el caso concreto del derecho las proposiciones jurídicas son epistemológicas e interpretativas a la vez, y se apoyan en una teoría del derecho que las justifica y sustenta como soporte de la mejor versión posible, la cual se enmarca en la coherencia como simetría de razonabilidad, y es orientada por medio de la moral política (con lo cual se proscribire la incertidumbre y la indeterminación).

Las unidades de significado o proposiciones jurídicas tienen en su núcleo un sentido, que une el elemento descriptivo y evaluativo, como cuando se dice que alguien tiene un derecho al trato igual en determinado contexto. Allí las controversias pueden ser genuinas a pesar de las diferencias argumentativas, el

asunto estará resuelto por el punto de vista normativo en un método de novela en cadena, que dará lugar a ajustes simétricos, justificación y revisión.

Para finalizar cabe anotar que la visión holística de Dworkin evita puntos arquimédicos, pues un ejercicio de interpretación holístico implica la revisión constante de juicios que se entrelazan y cruzan con diferentes experiencias, donde la firmeza de la posición está dada por la fuerza y solidez de las proposiciones jurídicas encargadas en la coherencia de una teoría que las justifica y es guiada por un canon que se nutre de la filosofía, el derecho y la política (moral política), cuyo objeto es hallar la mejor versión posible. El sentarse en una posición implicará tomar responsabilidad de sus argumentos, pretendiendo lo correcto, porque se está pensando de forma correcta.

4.5. Hans-Georg Gadamer

Gracias a Gadamer podemos observar el derecho con una perspectiva más allá de las reglas, lo cual nos llevará más adelante en una lectura de tradiciones a la observancia de los principios y a la asunción de compromiso con la justificación de la decisión judicial. Esto quiere decir que existe una forma de conseguir objetividad cuando estamos en los terrenos de las ciencias sociales y, su forma es la razonabilidad a través de la argumentación, interpretación y justificación.

En Gadamer la hermenéutica es una posibilidad de comprensión recíproca vital, ajena al método de las ciencias duras y expectante de los significados, cuando se genera el diálogo entre la tradición y el presente en un contexto de mediación. En él nuestros prejuicios tendrán que madurar a la luz de la interacción de la comunidad con la tradición y llegar al momento ontológico de comprensión, cuyo sentido busca entender lo que es la cosa en sí, que es materia de interpretación en una experiencia

que no se sujeta a la subjetividad o intersubjetividad, sino a la tradición del lenguaje (objetividad).

Por otro lado, el postulado Dworkiniano relacionado con el presupuesto de sistemas jurídicos avanzados es semejante al postulado Gadameriano. Éste consta de posiciones jurídicas estables y fuertes, donde se construye una novela judicial a partir de precedentes que se establecen y/o cambian, con lo que se busca en todos los casos la mejor versión posible. Gadamer por su lado, tiene una perspectiva relacionado con un conocimiento de la tradición que construye y reconstruye dinámicamente el sentido y el significado. En el caso de los jueces, éstos están obligados a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo. En el caso de Dworkin, implicará una responsabilidad moral de observar principios de moral política en sus decisiones judiciales.

Gadamer abordó las categorías de verdad y objetividad de forma separada, pero no distanciada, las cuales son objeto de revisión constante por el que las interpreta. La objetividad como condición de la verdad, trasciende la subjetividad al posicionarse entre otras posiciones, sin un método, pero sí en observancia de un momento ontológico que identifica lo que es la verdad. A diferencia de Dworkin, la verdad en Gadamer es una verdad con múltiples respuestas correctas, ya que es válida para las múltiples respuestas sin dejar la objetividad. El encuentro de varios horizontes en revisiones inacabadas genera que la objetividad sea una ganancia desarrollada y no de una extracción del tiempo.

Para terminar, se debe resaltar que la hermenéutica de Gadamer⁷⁴⁴ es rasgada por Dworkin a partir de la introducción del canon deontológico, dado que se genera un punto de vista normativo articulado en la moral política para apoyo de la tesis de la

⁷⁴⁴ En Gadamer la reflexión de la historia y sus resultados no es cualquier respuesta, es una comprensión y aplomo de la cosa, en términos de racionalidad, la cual tiene apoyos subjetivos, que luego alcanza desarrollos.

respuesta correcta en el derecho, bajo la inescindibilidad de los elementos cognoscitivo y prescriptivo. El responsable en su rol jurídico adjudica en el marco de la unificación del presente con el pasado guiado por una buena voluntad que abreva en la moral política, la cual se ha construido democráticamente y se ha decantado a través de una historia constitucional mayor a los doscientos años.

4.6. Immanuel Kant

Existe un tipo razón diferente, que conlleva una responsabilidad libre incondicionada, que como ser social se rige por valores y principios, y se orienta hacia la justicia. Esta razón práctica pretender ser universal, tiene una base deontológica, que guiará nuestra acción en el mundo, cuyas formas ideales persiguen la justicia, el bien o la paz, no importando el resultado propiamente, sino la buena voluntad.

La razón práctica implica responsabilidad, la cual en Dworkin a través de su tesis de la respuesta correcta es entendida como un reclamo moral que lucha contra el escepticismo en un campo moral y no metafísico, donde la dignidad humana en el cumplimiento de los roles nos llama a tomar a las personas como fines como una forma de dignificarnos a nosotros mismo, como por ejemplo el uso del principio de trato igual.

En Dworkin la razón práctica tiene una fuerte influencia kantiana, en el sentido de la responsabilidad del uso de un rol, la dignidad del trato a los demás y el orientarse por principios en la resolución de problemas en el mundo desde una responsabilidad moral. Responsabilidad moral significa asumir los problemas morales en primera persona. Esto implica aplicar la responsabilidad como virtud en observancia de la coherencia, básicamente para combatir el escepticismo, mediante un ejercicio interpretativo autónomo e incondicionado que es alumbrado por la moral política.

4.7. Aristóteles

Dworkin reconoce la importancia de la ética de la antigüedad, como respecto a la situación humana, en el sentido del deber de vivir bien la vida. Este tipo de ética nos ordena la búsqueda de la felicidad, bajo el significado de una vida exitosa como un todo.

La visión de la moral Dworkiniana se refiere a una actuación virtuosa o guiada por ejemplo por virtudes como lo es la justicia. Pero antes y para el ejercicio de esta ética y moral en el sentido fijado supra, se requiere de la comprensión y, para ello se debe operativamente tener un proyecto interpretativo, lo cual necesita un proyecto donde la mejor comprensión contribuya a explicitar su contorno.

Dworkin propone una lectura de los conceptos morales como conceptos interpretativos. Tanto el razonamiento moral diario de la cotidianidad como la filosofía moral sofisticada implican el despliegue de la interpretación. Para Dworkin en el caso de Platón y Aristóteles, las virtudes y los vicios fueron conceptos interpretativos, cuyos argumentos de construcción representaban una técnica holística donde a través de dos secuencias se construyen conceptos o concepciones de las virtudes y de los vicios. Éstos sirven de apoyo a una red axiológica que luego da lugar a las interconexiones dentro de la red de conceptos éticos y morales. En este sentido las concepciones correctas morales daban lugar a un estado de eudemonía (felicidad), que es lo que para Dworkin se precisa en una vida buena. Estos conceptos condicionalmente coexisten en ella de forma interdependiente, es decir, que un hombre valiente, también posee al mismo tiempo la templanza, aunque una y otra virtud son diferentes.

Dworkin precisa que Platón y Aristóteles abordaron la moral como un género de la interpretación cuyo punto a destacar se encuentra en la red de relaciones entre virtudes morales y políticas. Éstas también se encuentran en relación pertinente con

el concepto ético de felicidad.

En este sentido Dworkin plantea que nuestra aspiración acerca de vivir una vida buena nos da una razón para justificar su preocupación por lo que se debe a los otros en cuanto al trato. Es decir, que los principios morales deben interpretarse de manera que el hecho de ser morales nos haga felices en una dimensión Aristotélica. Agrega Dworkin que las virtudes morales incorporadas al orden interpretativo involucran una red de conceptos que se refuerzan los unos a los otros armónicamente. Su armonía con la finalidad de la felicidad propia nos introduce en una construcción interpretativa mayor que nos obliga justificar nuestras convicciones morales.

Finalmente, Dworkin a diferencia de Aristóteles, consideró que nosotros no deberíamos tener una visión excluyente entre la ética y la moral, es decir, que necesitamos un postulado kantiano justificado con relación a lo que deberíamos acoger como nuestras metas propias con respecto a las obligaciones y los deberes frente a los demás. Sin embargo, este proyecto Dworkiniano tiene un tinte holístico, dado que busca una visión del buen vivir orientada por la propia interpretación de los conceptos morales.

ANEXO I. GLOSARIO

Este glosario comprende algunos términos importantes de la teoría de Dworkin para la comprensión del recorrido de este trabajo. Asimismo, el propósito de este aparte es el de arrojar luz y clarificación acerca de la visión de Dworkin, que constituye un todo con múltiples elementos que se ajustan procustianamente.

Aguijón semántico

Esta categoría nace como un argumento que fundamenta la crítica a la teoría del derecho positivista. Ésta es anterior, debido a que considera que es lo que ha causado el mayor daño al derecho en términos generales. Esta categoría se posiciona más en el contexto de un supuesto desacuerdo teórico que empírico, pues, de acuerdo con Dworkin no seguimos criterios lingüísticos compartidos para decidir cuáles son los factores que hacen que una situación sea justa o injusta⁷⁴⁵. En este sentido, no de forma innegociable podemos considerar que todas las disputas en el derecho giran alrededor de las categorías y que éstas convergen en una uniforme puesta en práctica, donde la expresión del problema radica únicamente en el asunto descriptivo; es decir, sólo con relación a categorías lingüísticas o convenciones sociales. Dworkin expresará que los desacuerdos entre juristas competentes en derecho están más allá del campo lingüístico o epistemológico, pues ellos, es decir, los positivistas, en realidad no saben lo que es el derecho⁷⁴⁶.

Casos difíciles

Los casos difíciles son aquellos que necesitan para resolverse algo más que un

⁷⁴⁵ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia". Óp. cit., p. 62.

⁷⁴⁶ Ibidem, p. 90.

razonamiento apodíctico de todo o nada. En estos casos las reglas son insuficientes para responder al problema jurídico, debido que en el interior de los debates jurídicos de las decisiones judiciales los operadores jurídicos tienen puntos divergentes, pero razonables, alrededor de la justificación de la decisión judicial. Esta categoría se originó en la crítica al positivismo por parte de Dworkin, en particular dentro del afamado debate con Hart. En este terreno, Dworkin aceptó la distinción entre casos fáciles y difíciles propuesta por Hart, pero no la contingencia de discrecionalidad a la hora de tomar una postura en los casos difíciles. La caracterización estructural de los casos difíciles envuelve problemas jurídicos que no tienen una norma específica o un criterio jurídico especificado con claridad para arribar a la solución del caso difícil. Los contextos de esta categoría son infinitos. Sin embargo, podemos encontrar patrones generales que dan lugar a tensiones como, por ejemplo: el choque de principios vigentes, la noción filosófica de justicia, la fabricación de la opinión pública por grupos de poder, la interferencia de los medios de comunicación como poder fáctico, las lagunas normativas, la falta de acuerdo entre juristas razonables, la inaplicación por inconstitucionalidad, así como la textura abierta y vaguedad de las normas. En este contexto se da el encuentro de múltiples respuestas al caso difícil, que si bien son complejas solo una de ellas será la correcta.

Coherencia

Se trata de una exigencia en el momento de interpretar, respecto de la observancia y ajuste con las decisiones del pasado, ya que la narrativa en cadena conduce a alcanzar la verdad de las tesis jurídicas cuando se le suma la concepción de derecho cómo integridad. La unísona narrativa que une el pasado con el presente permite formar esta exigencia de las decisiones judiciales.

Democracia

Representa un conjunto de procedimientos que se relacionan con votar, hablar, peticionar y presionar, los cuales dan lugar a la forma en que participan los miembros de la comunidad política en el contexto de la política. Asimismo, en un sentido aspiracional, la democracia debe propender a la mejor versión de sí misma, en el sentido de procedimientos generosos y justos, además de utilidad a largo plazo de los resultados.

Derecho

El derecho en la versión de Ronald Dworkin se erigió sobre la base de las críticas al positivismo jurídico y en el sentido de constituir una alternativa al iusnaturalismo, al positivismo jurídico, al pragmatismo jurídico y al realismo jurídico, pero bajo un enfoque direccionado hacia el estudio de la adjudicación judicial e interpretación del derecho en casos particulares, los cuales se consideran difíciles. En su visión de derecho confluyen interdisciplinariamente diferentes enfoques y tradiciones de las ciencias sociales y humanas. No obstante, el criterio orientador será la moral política. La fundamentación filosófica del derecho que propone Dworkin abreva en las reflexiones morales y de justicia Rawlsianas, así como en el liberalismo igualitario. Propondrá que en el derecho confluyen simultáneamente los elementos descriptivos y prescriptivos dentro de las proposiciones jurídicas, bajo la lógica de un sistema de lealtad y coherencia con las decisiones anteriores, lo cual implica ir más allá de decidir igual los casos semejantes, puesto que el aparato de justificación está ligado a principios —como el debido proceso, la justicia y la equidad— en una proporción convergentemente correcta que garantice el trato igualitario de todos aquellos ligados a la decisión. El derecho como integridad puede ser entendido como un presupuesto que direcciona a observar la narración de la novela judicial, pero bajo la justificación de la adopción coherente de esos precedentes que se orientan por principios de justicia. Esta visión de integridad es atravesada por tres

criterios, a saber: i) la visión institucional, por aceptación de la Ley y los derechos; ii) la equidad procesal, en el sentido de trato igual que justifique moralmente la legitimidad de la instituciones (no predictibilidad judicial formal) a la vez que las restricciones proporcionen armonía social y iii) la coherencia judicial con las decisiones anteriores por orientación de la moralidad política. Esta versión de derecho es a nivel interpretativo más que de reglas apodícticas, puesto que los principios de la constitución, bajo un canon de preexistencia y seguridad jurídicas promueven una visión que une la jurisprudencia y la adjudicación. En este sentido el derecho no dependerá de convenciones especiales o cruzadas independientes, sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar, porque se proporciona un mejor diagnóstico del derecho a la vez que se da lugar a confluencia de dos dimensiones que proporciona una mejor adaptación y una mejor justificación de la práctica legal, sin resbalar en la apariencia de sofisticación filosófica del escepticismo de múltiples formas de resolver casos difíciles⁷⁴⁷. El derecho es una actitud interpretativa y reflexiva, que tiene un reclamo en cuanto al compromiso con el principio por la fuerza de gravedad del rol público. En lo operativo del mundo judicial es constructivo, y en el aspecto interno es interpretativo, dado que se contrasta el pasado con la orientación de que los principios de moral política arrojan un sentido de respeto y fraternidad como lo mejor para la comunidad política⁷⁴⁸.

Derechos

Los derechos en la perspectiva de Dworkin residen en una línea liberal igualitaria, cuyo soporte proviene de principios derivados de la moral política, donde los derechos son triunfos frente a las mayorías o el legislativo, lo cual implica que sean tomados en serio. El contexto de la perspectiva de derechos de Dworkin lo posiciona

⁷⁴⁷ Ibidem, pp. 288-289.

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 290.

en una democracia constitucional, donde el canon de preexistencia denota su importancia en los debates judiciales. Su soporte son argumentos de principios, en una postura que califica a los derechos como una victoria frente a los colectivos arbitrarios y una reivindicación de los derechos individuales.

Directrices políticas

Son objetivos sociales de la mayoría, que generalmente se presentan como estándares que establecen metas a alcanzar. Su planteamiento estratégico para la comunidad está relacionado con aspectos sociales, económicos o políticos, como, por ejemplo, el deseo de eliminar los accidentes de tránsito. Su caracterización se asimila a valores discutible de carácter contingente. Igualmente, tienen una dimensión teleológica y axiológica que los posicionan como relativos y no vinculantes para los jueces. Esto último sucede porque son criterios débiles en las decisiones judiciales, pues no se identifican por su origen legítimo e institucional, aunque tienen fuerza argumentativa y son eminentemente colectivos. Con respecto a las directrices políticas, éstas son un tipo de estándar que se propone en términos teleológicos, es decir, como un objetivo a alcanzar, el cual se relaciona con aspectos económicos, políticos y sociales de la comunidad en general.

Discrecionalidad

Dworkin sabe que la discrecionalidad forma parte de la decisión, sin embargo, la tolera en un sentido un sentido muy débil. La vaguedad y dificultad de la normativa ponen el escenario de los casos difíciles. De acuerdo con Dworkin existen dos clases de discrecionalidad en sentido débil: i) un sentido en el cual se debe aplicar una decisión en el marco de unas ordenes no de forma mecánica, sino acudiendo al discernimiento, y ii) un sentido en el cual el juicio de la decisión se toma en el marco de la orden, pero no puede ser revisada ni anulada por otro jerárquicamente superior. Dworkin recrea el sentido débil de la discrecionalidad mediante el ejemplo,

donde un oficial ordena a un subalterno que elija a cinco soldados experimentados. En este caso este oficial elige cercado por las posibilidades de la orden de su superior, lo cual señala una libertad limitada, que en el caso del mundo judicial se refiere a la limitación de las normas de razonabilidad, los principios y el objetivo de la justicia. La discrecionalidad en sentido fuerte es un elemento duramente criticado por nuestro autor al igual que Rawls en su texto *Teoría de la justicia*. Según Dworkin si partimos del principio de obligatoriedad del positivismo propuesto por Hart, para que sea obligatoria una decisión en el sentido de fuerza vinculante jurídica, ésta debe gozar de legitimidad y preexistencia, características de las cuales carece la discrecionalidad en sentido fuerte, pues se basa algunas veces en factores extrajurídicos, lo cual distorsiona la posibilidad de dar un trato igual y aplicar el debido proceso.

Ética

Considera la ética como una responsabilidad por las acciones que nos llevan a una vida bien vivida, es decir, que la ética es el estudio de cómo vivir bien. Asimismo, las acciones encaminadas a vivir una buena vida tienen que desembocar en hacer algo valioso de su vida, a la vez que la responsabilidad y obligación para consigo mismo conlleva una responsabilidad para con los demás de respeto por el otro en términos de dignidad (interdependencia entre moral y ética). Sin embargo, en virtud de roles especiales o institucionales estas acciones requieren imparcialidad con respecto a la comunidad y a sí mismo.

Incertidumbre

Este concepto navega en las aguas de la crítica al escepticismo interno por parte de Dworkin, cuando diferencia la indeterminación de la incertidumbre. Las dos categorías se soportan en una teoría positiva, pero la incertidumbre a diferencia de la indeterminación –la cual contiene una variedad de posibles elecciones razonables

sin saber cuál es la más adecuada—, se referirá a que no se tiene convencimiento ni a favor, ni en contra. Es un razonamiento por defecto, que implica no tomar posición, ni siquiera en sus excepciones.

Indeterminación

Es un argumento usado en el sentido de que los casos jurídicos difíciles no tienen una respuesta correcta. Asimismo, este argumento se debe entender en el contexto de la crítica Dworkiniana al escepticismo interno y la teoría positiva, que justifica este argumento en la vaguedad del lenguaje del derecho. Bajo esta postura estamos frente a la elección entre varias opciones, donde quien elige tiene la consideración de que son razonables todas las posturas. De manera que, el problema es que quien elige desconoce cuál de las opciones es más consistente.

Integridad

Esta categoría para Dworkin implica que el operador jurídico identifique y adjudique la mejor versión posible de la decisión jurídica, apoyado en principios, como, por ejemplo la justicia, el debido proceso y la equidad, pero observando la coherencia en una serie de eslabones unidos coherentemente en una narrativa que junta el presente y pasado, cuando se agrega un nuevo capítulo a la novela judicial, con la nueva decisión, lo cual da la impresión de que se está narrando dentro de un solo relato, que lo considera todo en términos institucionales.

Justicia

En el caso de Dworkin, la justicia fue considerada por él, como un concepto interpretativo, donde la acción de juzgar envuelve una dimensión moral, la cual puede implicar en algunos casos una injusticia desde la esfera pública. Por lo inmediatamente anterior es importante que una teoría de la justicia esté

acompañada de una teoría de la verdad, pues una teoría de la justicia exitosa es moral hasta el final ⁷⁴⁹. El objetivo es que el juez se apoye como herramienta en la justicia, a su vez que se inclina hacia la justicia como meta. Si el juicio no se inclina hacia lo justo, la comunidad habrá causado un daño moral a un miembro de esa comunidad política, lo cual deslegitima y puede invalidar la decisión. Visto esto, en contextos judiciales como el británico y norteamericano es significativo y trascendental el papel de los jueces, ya que ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es⁷⁵⁰. Asimismo en el campo judicial, la justicia tiene que descansar sobre el canon de preexistencia normativo dentro de las decisiones judiciales⁷⁵¹, así como el apoyo y orientación por principios de justicia derivados del proceso constituyente. De esta forma las decisiones judiciales, en cuanto el camino previo de su interpretación tenderán a la justicia, como la observancia de principios dentro del sistema de derecho, que es coherente como un todo, como, por ejemplo, el que nadie se pueda aprovechar de su propio dolo para obtener una herencia, que aunque la ley lo ampare con ese derecho, el medio para ser partícipe de esa condición está totalmente viciada, porque cometió un asesinato⁷⁵². De igual modo, la justicia como concepto interpretativo abstracto tiene una historia que la lleva como concepto a reorganizarse, transformarse y reinterpretarse a medida que pasa el tiempo, pero siempre hacia la mejor concepción de sí misma, la cual implicará un compromiso de quien defiende y justifica su postura (apoyada en la objetividad), así como del valor que represente para nosotros. Lo inmediatamente anterior significa que se va más allá de enunciar y definir paradigmas, puesto que en verdad se desarrolla y defiende una postura que se equilibra entre la práctica legal y la mejor justificación posible⁷⁵³. Este ejercicio no implicará la verdad por definición, sino por la toma de postura en primera persona acompañada de una justificación en su mejor versión posible como correcta⁷⁵⁴. La justicia como virtud se expresa a través de una

⁷⁴⁹ DWORKIN, Ronald, *"Justicia para erizos"*, Óp. cit., pp. 20,23.

⁷⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *"El imperio de la justicia"*. Óp. cit., p. 15.

⁷⁵¹ Ibidem, p. 26.

⁷⁵² Ibidem, p. 27

⁷⁵³ Ibidem, pp. 73-74

⁷⁵⁴ Ibidem, pp. 74-76.

coherente relación de principios que democráticamente se insertaron en la constitución⁷⁵⁵, esto a su vez es una coherente relación entre virtudes en un sentido de integridad, como la que existe entre equidad, el debido proceso y la misma justicia⁷⁵⁶. El ideal de integridad como ideal político y en el sentido de adjudicación está orientada por una perspectiva de la comunidad política de justicia operativa, que funciona atada y coherentemente con la equidad del debido proceso. Por lo tanto la justicia hará referencia a un resultado del sistema político, como la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos⁷⁵⁷. Hasta aquí debemos señalar que la justicia tiene varias dimensiones acerca de su forma de apreciarla. Dworkin considera la justicia como un concepto interpretativo que está en conflicto con diferentes concepciones de justicia que leen las prácticas donde participa quien interpreta. Sin embargo, su teoría de la justicia se apoya en una fundamentación liberal igualitaria heredada de Rawls, que seguirá una ruta de etapas de la interpretación, donde en un estado preinterpretativo podemos compartir concepciones de justicia que rechazamos o no son justas, luego observará la compatibilidad de esta con la versión constitucional que la democracia eligió, para luego posinterpretativamente expresarla en la mejor versión en el contexto judicial, pero siempre apoyada en una coherente relación de principios que la justifican. También la justicia es una dimensión política de los ideales morales, que sirve para interpretar prácticas sociales y justificar la asunción de una postura, lo cual quiere decir que la justicia orienta la formación constitucional y la puesta en práctica de la constitución en la práctica judicial. La justicia en el campo de la política es el gran conceso de la sociedad acerca del contenido de la norma superior, que es política. Un proceso constituyente es aquel que da lugar a los principios de justicia. Éste se basa en una fundamentación filosófica que bebe del liberalismo político igualitario, el cual plantea un proyecto de sociedad en el entendido de comunidad política. En justicia para erizos, Dworkin reflexiona respecto de la justicia a través de la igualdad,

⁷⁵⁵ Ibidem, pp. 103, 164.

⁷⁵⁶ Ibidem, p. 159.

⁷⁵⁷ Ibidem, pp. 284-285.

la libertad, la democracia y el derecho. En este sentido, los principios de justicia como la igual consideración de todos ante las reclamaciones de cualquiera ante la jurisdicción y, el respeto por la responsabilidad y derecho de hacer una vida valiosa serán el canon legitimador de cualquier gobierno, así como la condición de aceptabilidad de una teoría distributiva de la justicia. Con este conjunto de parámetros se establece la distribución de los recursos y oportunidades que deberán estar a disposición de los miembros de la comunidad política. Asimismo, este contexto exige una teoría de la libertad que comulgue con una teoría de la igualdad, de manera que no deberá existir conflicto alguno entre estas dos categorías. En este sentido, los miembros de la comunidad tienen un derecho a la independencia ética, el cual se deriva del principio de la responsabilidad personal. El aspecto democrático, en términos de justicia nos avala y llama para que se participe en la autogobernanza como miembros de la comunidad política, lo cual implicará que la justicia y la libertad se vean como derechos individuales a la justicia y la libertad. Finalmente, con relación al aspecto del derecho, lo presenta como una relación que exige por parte de éste que se comprometa con la justicia, de manera que estas categorías tengan una sinergia, en lugar de un conflicto⁷⁵⁸.

Juez Hércules

La metáfora del juez Hércules con cualidades sobrehumanas a nivel intelectual y moral que tiene una visión de integridad del derecho. Esta clase de juez es capaz de enfrentar y superar los problemas jurídicos de los casos difíciles, bajo la orientación de la moral política. Este prototipo de juez pretende promover el progreso moral de las instituciones a la vez que realiza sus tareas en la mejor versión posible, regido por un canon deontológico en función de su rol que le permite hallar respuestas correctas.

⁷⁵⁸ DWORCKIN, Ronald, “*Justicia para erizos*”, Óp. cit., pp. 14-17.

Moral

Para Dworkin la moral es un sector de valor, es decir, solo una dimensión de la convicción sobre lo que deber ser, por ello dice que la moral es el estudio de cómo tratar a otras personas de la comunidad política. No obstante lo anterior, la moral tiene múltiples dimensiones, como, por ejemplo, el aspecto personal de la moral política y la moral de la obligación respecto de aquello que es correcto o incorrecto de la moral de la virtud y el vicio. También, se debe considerar que su concepción de moral está en armonía con una visión ética de autorrespeto recíproco de origen Kantiano, donde respetamos la humanidad de los otros en la medida que respetamos la propia humanidad. Las virtudes, como, por ejemplo la justicia, son los mandamientos de la concepción de Dworkin.

Moral Política

Es una categoría orientadora, abstracta e intemporal usada en las decisiones judiciales, cuya característica central es que reposa en la institucionalidad, porque se origina como una justificación y sentido de las instituciones. Ésta es producto del proceso constituyente y el desarrollo de la democracia en la comunidad política. Por lo tanto, la moral política se soporta en los principios de justicia, los cuales a su vez sirven de insumo para construir el peso de los demás principios y para fundamentar e identificar los derechos en un caso concreto, así como para situar la posibilidad de objetividad en el campo judicial. Esta categoría es observada por Dworkin como una estructura de árbol y dependiente de la interpretación. Su composición está dada por las ramas del derecho, la política y la moral, pero su estructura de árbol proviene de una moral más personal y general. Su origen se puede hallar en el proceso constituyente, donde tiene i) una discusión moral en términos de la posición original Rawlsiana y se establecen principios, ii) una etapa de constitucionalización de los principios, iii) una etapa legislativa orientada por los principios constitucionales y iv) una etapa de adjudicación judicial y administrativa, donde se

resuelven casos particulares. En la práctica judicial esta moral política se ajusta operativamente a los principios de: i) la justicia, como la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos; ii) la equidad, como la estructura correcta en que debe estar organizado las instituciones del sistema y iii) el debido proceso como aquellos procedimientos correctos para obligar el acatamiento de la normativa que genera el sistema, también, en términos de trato igual. Lo inmediatamente anterior, el juez lo pone en marcha bajo la lectura moral de la constitución, la cual proporciona la moralidad política en función de su rol, lo que implica tomar responsabilidad de la postura judicial.

Novela en cadena

Representa una alegoría dentro la visión de derecho de Dworkin. Esta representación busca presentar a los jueces del sistema *Common Law* como un conjunto de novelistas jurídicos que narran de forma encadenada y coherente una novela judicial. Aquí cada uno de los jueces posteriores, tomando en cuenta los capítulos anteriores o las decisiones anteriores y, agregan un capítulo o eslabón más a está narrativa judicial, pero guiados por la moral política y la coherencia de la narrativa en cadena, queriendo presentar siempre la mejor versión posible.

Principios

Los principios son argumentos derivados de la moral política, que implica principalmente para su razonamiento una línea argumentativa, sin descartar los razonamientos apodícticos. Estos principios tienen un contenido moral, pero preexistente, porque se han definido en el proceso democrático, lo cual hace que estén incorporados en la tradición constitucional y no sean discrecionales. La estructura de estos principios responde a su fundamentación en dos principios de dignidad (igual consideración y trato, y responsabilidad personal) que derivan luego

la construcción del peso de los otros principios en el contexto de los casos difíciles judiciales, porque estos son dinámicos y sólo los dos primeros son lexicográficos.

Respuesta correcta

Esta tesis es un reclamo moral perfilado a los jueces, el cual consiste en la pretensión de que todos los casos tienen una respuesta correcta, en especial los casos difíciles. Esta respuesta correcta es hallada por el juez echado mano de los principios derivados de la moral política y una amalgama de prácticas sumadas en una narrativa coherente que une el pasado con el presente, sobre la base de unos presupuestos y un contexto que alimentan la justificación del valor de verdad, como la mejor versión posible de la decisión judicial.

Sistemas jurídicos avanzados

Se refiere a un sistema con abundante normativa y jurisprudencia, que es afín con la legitimidad, la validez y la eficacia. Aquí la probabilidad de empates entre posturas es precaria. Además, los operadores jurídicos tienen el deber de esforzarse escrupulosamente para apreciar cuál de las partes en conflicto posee las mejores razones respecto de su contraparte. En este caso hablamos de un sistema complejo con características particulares de evolución normativa. Dicho terreno es el campo de discusiones razonables acerca de los casos difíciles, los cuales dan lugar a que se construyan justificaciones en las decisiones judiciales donde se justifique el uso de una determinada concepción de derecho. En contraste con respecto de un sistema jurídico avanzado, tenemos los sistemas perversos e injustos, los cuales tienen instituciones jurídicas homogenizadas con el mundo en general, pero carentes de sustrato moral, como, por ejemplo las instituciones del régimen Nazi. En este último caso, Dworkin aprobaba que en patentes regímenes injustos y perversos, el juez tiene la obligación moral de mentir respecto de lo que demanda la normativa.

Teorías semánticas

Usa esta expresión en el *Imperio de la Ley* para referirse principalmente a las corrientes del positivismo jurídico que consideran que todos los juristas comparten y siguen los mismos principios lingüísticos para emitir juicios sobre la ley. Estas teorías bajo las definiciones, el uso, las convenciones o la historia de los conceptos jurídicos asignan verdad o falsedad a las proposiciones de la Ley, lo cual las vuelve casi proféticas, especialmente aquellas que se ocupan del significado del derecho. Sin embargo, Dworkin considera que el derecho es más abstracto y necesita del elemento prescriptivo que reluce a la hora de interpretar, donde se muestra la práctica legal en su mejor versión posible. Dworkin considera que el iuspositivismo y el iusnaturalismo son teorías semánticas con diferentes enfoques, de un lado el iuspositivismo insiste en que las reglas semánticas construyen el derecho y que el conjunto de abogados acuerdan usar éstas. Por su lado el iusnaturalismo promueve la unión de la ética y el derecho por medio de reglas semánticas.

ANEXO II. CRONOLOGÍA E HITOS IMPORTANTES

Cronología vital

1931

Dworkin nace en Worcester, Massachusetts, Estados Unidos el 11 de diciembre de 1931. El primogénito de dos inmigrantes de ascendencia rusa-judía. David Dworkin, un fabricante de cortinas, y su esposa Madeline Taber.

1953- 1957

Su interés por la filosofía lo llevó cursar una licenciatura de filosofía en Harvard, la cual culminó en 1953, antes de cursar como becario su licenciatura en jurisprudencia en la Oxford University, la cual culminó en 1955. Allí es donde aviva su vocación por el derecho⁷⁵⁹. Tuvo una formación simultánea en los sistemas jurídicos inglés y británico a través de sus estudios de posgrado en la facultad de derecho de Harvard University, los cuales culminó en 1957 y la maestría en Yale University, que finalizó en el año de 1956.

1957-1962

Entre 1957 y 1958 trabajó como asistente legal en la New York Federal Appeals Court del famoso juez estadounidense Learned Hand. Luego rechazó la posibilidad de trabajar con el juez Felix Frankfurter en la Supreme Court Justice de los Estados Unidos, lo cual pudo haber sido un posterior motivo de arrepentimiento. Se casó con Betsy Celia Ross el 18 de julio de 1958 y tuvo dos hijos. Entre los años 1958 y 1962 ejerció el derecho. Se integró al colegio de abogados de New York City y fue socio del bufete de abogados de Wall Street llamado New York Law Firm of Sullivan & Cromwell, donde actuó en transacciones comerciales internacionales⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3 ed, California: Stanford University Press, 2013, p. 12.

⁷⁶⁰ Ibidem, p. 12.

1962-1968

En el año de 1962 ingresa como profesor de derecho a la Yale University, en la que luego se hace titular de la cátedra Wesley Newcomb Hohfeld de Jurisprudencia en el año 1968. Esta cátedra lleva el nombre de un importante jurista estadounidense que enseñó en Yale University hasta su deceso en 1918. Dejó un legado relacionado con el análisis y distinción entre conceptos jurídicos y los derechos que pueden tener las partes entre sí, con relación a casos concretos de la práctica jurídica.

1969

En el año de 1969 Ronald Dworkin es designado titular de la cátedra de Jurisprudencia en Oxford University. Allí reemplazó a Hart, quien le eligió para sucederle en el cargo.

1975-1984

Fue catedrático de la New York University desde 1975 y la London University desde 1984. En la New York University impartió junto con Jürgen Habermas y Thomas Nagel algunos seminarios en el coloquio de Derecho y Filosofía Social en la Facultad de Derecho. Con respecto a la London University desempeñó labores de docencia e investigación. Entre los años de 1963 y de 1974 fue profesor invitado de Stanford University, Princeton University y Cornell University.

1998

Se retiró de la Oxford University en el año 1998. Durante el desarrollo de su trabajo académico en este lugar, parece que estaba decidido a “ir a la yugular” del guro de la teoría del derecho, en expresión de Simpson⁷⁶¹. Su formación dual en dos sistemas jurídicos le permitió navegar casi sin dificultad en el mundo inglés del

⁷⁶¹ SIMPSON, Brian. *Reflections on the Concept of Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, 2011, p. 14.

positivismo jurídico y la filosofía analítica. Asimismo, las metáforas usadas en su teorización parecen provenir de la inspiración literaria y la forma de interpretar de la tradición angloparlante⁷⁶².

2007-2012

En sus últimos años se desempeñó como catedrático de Filosofía del Derecho de la New York University y la Oxford University. En el 2007 fue reconocida su labor, por parte del Gobierno de Noruega con el premio Hilberg. Su aplicación al mundo del derecho examinado desde la aplicación social se caracterizó por ser brillante, y también controvertida, ya que las temáticas de sus trabajos académicos trataron asuntos sensibles socialmente y moralmente, particularmente la eutanasia, el racismo y el aborto. Su trabajo académico trascendió el mundo anglosajón y se discutió y discute aún en la Europa continental y en Latinoamérica.

2013

Muere el 14 de febrero de 2013 en Londres, Inglaterra a sus 81 años. Fue un filósofo jurídico-político, pero más un laborioso constitucionalista que se abrió campo en las discusiones morales y políticas de cara al mundo judicial.

Cronología general del Trabajo intelectual de Dworkin

En este aparte presentaremos por medio de dos periodos el pensamiento y las más importantes obras de Ronald Dworkin, así como aspectos relevantes de su pensamiento y aportes.

Periodo I. 1963-1985

El primer periodo de producción intelectual lo encontramos entre 1963 y 1986. Este

⁷⁶² Ibidem, p. 187.

periodo lo delimitamos así, debido a que se aborda a través de múltiples artículos una construcción teórica sobre la base de las críticas al positivismo jurídico, el pragmatismo jurídico y el utilitarismo, con las cuales se perfila y delimita una concepción propia del derecho, de los derechos individuales, de los principios jurídicos, de la justicia liberal igualitaria y de la interpretación jurídica.

Es importante señalar que el grueso de los artículos se sumaron en sus famosas obras *Los Derechos en Serio* del año 1977 y *Una Cuestión de Principios* del año 1985. Sus principales diferencias con el positivismo jurídico se encuentran dirigidas a la visión expuesta y trabajada por Hart.

En sus primeros trabajos divulgados a través de diferentes revistas a partir de 1963, como, por ejemplo, *Discreción Judicial*, *Modelo de Reglas*, *¿el Derecho es un Sistema de Reglas?* y *Los Derechos en Serio*, arremete contra la forma en que se piensa e interpreta el derecho, en el sentido de contemplar un razonamiento jurídico que no pase los límites apodícticos y que deposite todo su caudal intelectual en la regla de reconocimiento a menoscabo e inobservancia de los principios

Asimismo, exigió la aplicación coherente de la obligación jurídica, por lo que la discrecionalidad es incompatible con el presupuesto de preexistencia, de acuerdo con el curso material de las decisiones judiciales, las cuales necesitan una respuesta correcta apoyada en la referencia interna del sistema jurídico. La validez depende de un test de pedigrí que determina qué normas pertenecen al sistema jurídico, así como la legitimidad depende del contexto democrático y la guarda de los principios, y no de la intimidación del poder público. La visión de los derechos individuales es una perspectiva de triunfos frente a las mayorías⁷⁶³.

⁷⁶³ DWORKIN, Ronald, "*Judicial Discretion*", *The Journal of Philosophy*, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting, 1963, Vol. 60, No. 2.; DWORKIN, Ronald, "*The Model of Rules*", *The University of Chicago Law Review*, 1967, Vol. 35, No. 1; Dworkin, Ronald M., "*Taking Rights Seriously*", *New York Review of Books*, 1970, vol. 15, No. 11.

Artículos como *Reglas Sociales y Teoría jurídica*, y *Casos Difíciles* responden a las críticas producidas alrededor de sus artículos originados entre los años de 1963 y de 1975. En estos nuevos trabajos presenta una versión diáfana de su postura respecto del derecho, la decisión judicial y los derechos individuales. En particular, podemos observar la aparición de sus famosas metáforas para explicar su teoría global, como, por ejemplo, el Juez Hércules, quien defiende los derechos individuales guiado por una forma de razonamiento jurídico, apoyado en principios morales, los cuales son el insumo para resolver los casos difíciles. El Juez Hércules tiene la obligación y el deber de adjudicar el derecho preexistente a las partes sometidas al litigio, pero sólo uno tiene derecho a que le sean prósperas sus pretensiones en la decisión judicial (respuesta correcta)⁷⁶⁴.

Otro trabajo importante y cercano a su transición a su segunda fase más enfocada en la interpretación y problemas políticos y morales es *¿No Hay Respuesta Correcta?* Este trabajo defendió la tesis de la respuesta correcta en los casos difíciles a través de una puesta en escena de las debilidades de los argumentos que niega la posibilidad de respuestas correctas⁷⁶⁵.

Periodo II. 1986-2011

En 1986 a través de *El Imperio de la Ley* entra en una fase, donde da un giro interpretativo, el cual ya anunciaba en la compilación de artículos denominado *Una Cuestión de Principios*. Aquí presenta una concepción interpretativa del derecho a la vez que pone de presente una concepción del derecho como interpretación. Asimismo, tipifica las teorías semánticas de insuficientes a la hora de interpretar el derecho y la práctica judicial, pues se debe interpretar en el sentido de un coherente relato judicial, donde el caso bajo estudio debe ser justificado de la mejor forma

⁷⁶⁴ DWORKIN, Ronald, "Social Rules and Legal Theory", The Yale Law Journal, 1972, vol. 81, No. 5.; DWORKIN, Ronald, "Hard cases", Harvard Law Review, vol. 88, No. 6, 1975.

⁷⁶⁵ DWORKIN, Ronald, "No Right Answer?", in Hacker, P.M.S. & Raz, J., Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart, Oxford and New York, Oxford University Press, 1977.

posible, orientado por los principios de debido proceso, justicia y equidad (derecho como integridad)⁷⁶⁶.

En *El dominio de la Vida* del año 1993, nuestro autor Dworkin presenta sus trabajos sobre aborto y la eutanasia bajo una respuesta desde el liberalismo. En *El Derecho de las Libertades* de 1992 defiende su teoría la interpretación constitucional, bajo una lectura moral de la constitución. Éste trabajo es una serie de artículos muy prácticos del haber de los estadounidenses, que tratan temáticas de la libertad de expresión, raza, sexualidad, la vida, entre otros; a partir de su visión de la democracia, el derecho y la filosofía liberal igualitaria.

Con *Objetividad y verdad en el Derecho* del año 1996, presenta unas fuertes críticas al escepticismo y plantea la posibilidad de verdades objetivas en el campo de la moral, apoyado en fuertes justificaciones que se orientan por principios, los cuales se interpretan como la mejor versión posible. En la *Virtud soberana* del año 2000 plantea la problemática de la igualdad, sobre la base de una concepción del liberalismo igualitario que se alimenta del trabajo de Rawls y pretenden sumar la concepción de vida buena Aristotélica. En el 2006 publicó la *Justicia con Toga*, donde responde al trabajo póstumo de Hart y sus defensores⁷⁶⁷.

Finalmente, en el 2011, publicó *Justicia para Erizos*, obra en la cual reúne y sintetiza todo su trabajo en varios ejes a saber: el derecho, la interpretación, la verdad objetiva, la política, la ética, la moral y la responsabilidad del rol, cuya justificación Procustoniana, le permite abordar muchas fuentes filosóficas, que dan lugar a una visión propia y con pretensión de coherencia, que se cohesiona con el pegamento de la visión de dignidad humana⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia". Óp. cit.

⁷⁶⁷ DWORKIN, Ronald, "El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual", Óp. cit.; DWORKIN, Ronald. "El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana", Óp. cit.; DWORKIN, Ronald. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It.", Óp. cit.; DWORKIN, Ronald, "Virtud Soberana", Óp. cit.; DWORKIN, Ronald, "La justicia con toga", Óp. cit.

⁷⁶⁸ DWORKIN, Ronald, "Justicia para erizos", Óp. cit.

BIBLIOGRAFÍA

PRIMARIA

DWORKIN, Ronald, "Judicial Discretion", *The Journal of Philosophy*, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting, 1963, Vol. 60, No. 2.

DWORKIN, Ronald. "Lord Devlin and the Enforcement of Morals" Faculty Scholarship Series, 1966, vol.85.

DWORKIN, Ronald, "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, 1967, Vol. 35, No. 1.

DWORKIN, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, *New York Review of Books*, 1970, vol. 15, No. 11.

DWORKIN, Ronald, "Social Rules and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, 1972, vol. 81, No. 5.

DWORKIN, Ronald, "Hard cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, No. 6, 1975.

DWORKIN, Ronald, "No Right Answer?", in Hacker, P.M.S. & Raz, J., *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford and New York: Oxford University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald, *Filosofía del derecho*, 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

DWORKIN, Ronald, "Law as Interpretation", *Revista Critical Inquiry*, The Politics of Interpretation, 1982, vol. 9, No. 1.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1 ed, España: Ariel S.A. 1984.

DWORKIN, Ronald, "Law's Ambitions for Itself", *Virginia Law Review*, 1985, vol. 71, No. 2.

DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, 1 ed, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1993.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, 1 ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.

DWORKIN, Ronald. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It.", *Philosophy & Public Affairs*, 1996, vol. 25, No. 2.

DWORKIN, Ronald, *La comunidad liberal Ronald Dworkin: introducción de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo: traducción de Claudia Montilla*, 1 ed, Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1996.

DWORKIN, Ronald, *Virtud Soberana*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2003.

DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, 1 ed, Madrid: Marcial Pons, 2007.

DWORKIN, Ronald. *La posible democracia, principios para un nuevo debate político*, 1 ed. Barcelona: Ediciones Paidós Iberoamérica S. A, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Palabras de Ronald Dworkin en la ceremonia de condecoración del premio internacional Ludvig Holberg*, Noruega: Fundación Holberg, 2007.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, 2 ed. España: Editorial Gedisa, 2012.

DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, 1 ed electr, México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

DWORKIN, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, Antioquia: Fondo Editorial Unisabaneta-Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

DWORKIN, Ronald. *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, 1 ed, Lima: Palestra Editores, 2019.

Video

DWORKIN, Ronald, “*Ethical Positivism, profesores Ronald Dworkin y Jorge Mena Vázquez*”, Video de Youtube, 11:48, Publicado el 19 de marzo de 2013.

<https://www.youtube.com/watch?v=hja3BT-TH94&t=139s>

SECUNDARIA

AGUILÓ, Josep, *La constitución del Estado constitucional*, Bogotá: Editorial Temis, 2004.

ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez*, 2 ed, España: Editorial Gedisa S.A., 2004.

ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, 1 ed, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004.

AMAYA, Jorge, *Marbury v. Madison: Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad* Bogotá D.C: Ediciones Nueva Jurídica, 2013.

ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, 1 ed, Santafé de Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores, 1999.

ARANGO, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, 1 ed, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 2002

ARROW, Kenneth, *Social choice and individual values*, 2 ed, New York: John Wiley and SonsCowles, Foundation Monographs Series, 1963.

BAKER, Robert, *El Constitucionalismo en los Estados Unidos*, Chile: Ediciones Oiejnnik, 2018.

BIX, Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, 1 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

BLAND, Richard, *An Inquiry into the Rights of the British Colonies*, Williamsburg-Virginia, 1776

https://ia800907.us.archive.org/0/items/inquirytotherights00blanrich/inquirytotherights00blanrich_bw.pdf

BLACKSTONE, William, "*Commentaries on the Laws of England 1765*", 1 ed, Vol. I, United Kingdom: Oxford University Press, 2016.

BONORINO, Pablo, *Dworkin*, 1 ed, Perú: Ara Editores, 2010.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, 2004, ISSN-e 0041-8633, N.º 109.

COPELSTON, Frederick, *Historia de la filosofía: De Hobbes a Hume*, 2 ed, vol. 5, Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1993.

COCKCROFT, James, *América Latina y Estados Unidos: historia y política país por país*, 1 ed, Argentina: Siglo XXI Editores S.A., 2001.

DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 10 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

DAVIDSON, Donald, *De la verdad y de la interpretación: fundamentales contribuciones a la teoría del lenguaje*, 1 ed, Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.

DAVIDSON, Donald, *Problems of Rationality*, 1 ed, New York: Oxford University, 2004.

DAVIDSON, Donald, *Verdad y predicación*, Barcelona: Alpha Decay, 2015.

DEWEY, John, *The Public and Its Problems - An Essay in Political Inquiry*, Chicago: Gateway Books, 1946.

DEZALAY, David, *La Restructuración Global y el Derecho. Colombia*, Revista Pensamiento Jurídico Universidad Nacional de Colombia, 2006, ISSN 0122-1108, vol. 1,

DICKINSON, Harry, *Magna Carta in the American Revolution in Magna Carta: History, Context and Influence*, edited by Lawrence Goldman, London: School of Advanced Study, University of London, 2018.

DINWIDDY, Jhon, *Bentham*, Madrid: Alianza Editorial, S. A., 1995.

FABRA, Jorge, “*Principios, moral y positivismo: las respuestas Principios, moral y positivismo: las respuestas y redefinición del positivismo contemporáneo*”, Revista Derecho y Realidad, 2014, ISSN: 1692-3936, No. 23.

FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2014.

FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros Días*, 1 ed, Madrid: Editorial Trotta S.A, 2001.

FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de la historia de las constituciones*, 3 ed, Madrid: Editorial Trotta S.A, 2000.

GADAMER, Hans, *Verdad y Método I*, 10 ed, Salamanca: Ediciones sígueme, 2003.

GADAMER, Hans, *Verdad y Método II*, 6 ed, Salamanca: Ediciones sígueme, 2004.

GALLEGO, Elio, *Common Law: El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, Madrid: Ediciones Encuentro, 2011.

GARCÍA, Torrecuadrada, "*La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand*", Ocho de las invasiones de EE. UU. en América Latina y El Caribe. Disponible en: <https://www.hispantv.com/noticias/ee-uu-/370086/invasion-militar-america-latina-caribe>

GARCÍA, Alfonso, *PRAXIS -Una introducción a la moral, la política y el Derecho*, 1 ed, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007.

GARCÍA, Siro. Traducción, *El espíritu de las leyes por Montesquieu*, Tomo I, Madrid: librería general de victoriano Suárez, 1906.

GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999.

GARZÓN, Ernesto, *El Derecho y la Justicia*, 1 ed, España: Editorial Trotta, 1996.

GRAU, Luis, *El Constitucionalismo Americano*, Madrid: Editorial Dykinson-Universidad Carlos III, 2011.

GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*, 3 ed, California: Stanford University Press, 2013.

GUNTER, Teubner, *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno, en La Fuerza del Derecho*, Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2000.

HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución”, *Revista sobre enseñanza del derecho*, 2008, ISSN 1667-4154, No. 11.

HABERMAS, Jürgen , *Facticidad y validez*, 4 ed, Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005.

HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona: Ediciones Paidós, 1998.

HAMILTON, Alexander, *The Papers of Alexander Hamilton 1768–177*, Vol. 1, No. 8, New York: Columbia University Press, 1961.

HAMILTON, Alexander y otros, *El federalista*, N. 84, Madrid: Ediciones Akal, S. A., 2015.

HART, Herbert, *Post scríptum al concepto de derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

HART, Herbert, *El concepto del derecho*, 3 ed, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2009.

HIMMA, Kenneth, “*Positivism jurídico incluyente*”, *Revista Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2014, ISSN: 2007-4387, No. 8.

HUME, DAVID, *Tratado de la naturaleza humana*, 1 ed, Argentina: Editorial El Cid Editor S.A., 2018.

JARAMILLO, Juan; GARCÍA, Mauricio; RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo, *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*, 1 ed, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2018.

JEFFERSON, Thomas; ADAMS, John; HANCOCK, John y Otros, *En el Congreso, el 4 de julio de 1776. La declaración unánime de los trece Estados Unidos de América*, Estados Unidos: Continental Congress Broadside Collection, 1776.

KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, Jacometrezo, 72, 1873.

KANT, Immanuel, *Teoría y Práctica. Traducción de Juan Miguel Palacios*, 1 ed, Madrid: Técnos, 1986.

KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua, traducción de Joaquín Abellán*, 6 ed, Madrid: Tecnos, 1998.

KANT, Immanuel. *El conflicto de las facultades. Traducción de Elsa Tabering*, 1 ed. Argentina: Editorial Losada, S. A., 2004.

KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*. 4ed. Madrid: Técnos, 2005.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*. 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica -Universidad Nacional Autónoma de México – Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, 2 ed. Madrid: Alianza editorial, 2012.

KANT, Immanuel, *Teoría y práctica, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, en publicación Immanuel Kant ¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, 2 ed. Madrid: Alianza editorial, 2013.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica - Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo*, Madrid: Alianza editorial, 2015.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 2 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 1 ed, Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya), 2006.

LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, 2 ed, México: Editorial Herder, 2005.

MARTÍNEZ, Hernán, *Legitimidad, Razón y Derecho: Dos Modelos de Justificación del Poder Político*, 1 ed, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

MEJÍA, Oscar, *Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo.*, 1 ed, Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

MEJÍA, Oscar, “*Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*”, *Revista Pensamiento Jurídico Universidad Nacional de Colombia*. Colombia. 2006, ISSN 0122-1108, vol. 16.

MEJÍA, Oscar, *La Norma Básica Fundamental-Derecho y Democracia en Habermas*, 1 ed, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente, 2011.

MEJIA, Oscar, *Legitimidad, validez y eficacia: Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, 1 ed, Colombia: Editorial Temis, 2013.

MENAND, Louis, *El club de los metafísicos: Historia de las ideas en América*, 1 ed, Barcelona: Editorial Ariel S. A., 2016.

MERRYMAN, Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, 3 ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

MONROY, Alexander, “*Kant y Kelsen: La respuesta correcta en el derecho*”, *Revista Colombiana de Filosofía*, Sin Fundamento, 2016, ISSN 1692-5726, No. 21.

MONROY, Alexander, “*Interpretación jurídica que sustentaría un incidente de impacto fiscal frente a la posición jurídica del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, respecto de la liquidación de las pensiones del sector público*”, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014, Tesina Maestría. Disponible en: <http://bdigital.unal.edu.co/46692/1/2674836.2014.pdf>

MONROY, Alexander, “*Respuesta Correcta, Objetividad y Verdad En Dworkin*”, Bogotá: Universidad Libre, 2018, Tesina Maestría. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11858/TESIS%20RESPUESTA%20CORRECTA%20OBJETIVIDAD%20Y%20VERDAD%20EN%20DWORKIN%20 FINAL %2001 11 18%20 .pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MUÑOZ, José, *Filosofía del derecho*, 2 ed, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, 2014.

NAGEL, Thomas, *La última palabra*, 1 ed, Barcelona: Editorial Gedisa, S. A, 2000.

NINO, Carlos, *La validez del derecho*, Bogotá D.C.: Editorial Astrea, 2013.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, 3er ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

PECES BARBA, Gregorio, “*Los Derechos del Hombre en 1789, reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*”, *Anuario de Filosofía del Derecho* VI ,1989.

POSNER, Richard, *The problems of jurisprudence*,1 ed, United States of America: Harvard University Press Cambridge, 1993.

POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid: Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2011.

PUTNAM, Hilary, *La objetividad y la distinción ciencia/ética*, *Revista Diánoia*, 1988, vol. 34, No. 34.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y valores*, Madrid: Editorial Trotta S.A., 2008.

QUINE, Willard O. *La relatividad ontológica y otros ensayos*,1 ed, Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

QUINE, Willard O., *Desde un Punto de Vista Lógico*,1 ed, Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

RAMÍREZ, Lorena, *¿Qué pueden aportar las nuevas teorías de la referencia al debate entre Hart y Dworkin?*, *Revista Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, ISSN 0214-8676, 2016, No. 39.

RAWLS, John, *Sobre las libertades*, 1 ed. Barcelona: Ediciones Paidós I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

RAWLS, John, *Las capacidades del ciudadano y su representación*, Chile: Centro de Estudios Públicos, 1994.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 1 ed electr. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

RAWLS, John, *Liberalismo Político*, 1 ed elect, México: Fondo de Cultura Económica, 2015.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Constitución Política de 1991*. Gaceta Constitucional, (20 de julio de 1991) núm.116.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Sentencia T-1306 de 2001*, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Sentencia T-1091 de 2008*, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

RICHARDS, David, "La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, ISSN 0214-6185, No. 1.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, 5 ed. Colombia: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2005.

RODRIGUEZ, Joaquín y MUÑIZ, Toubes. *El iusnaturalismo de John Finnis. Anuario de Filosofía del Derecho X*. Santiago de Compostela. 1993, ISSN 0518-0872, No. 10

ROLDÁN, Ciro, *Introducción al pensamiento político de Thomas Hobbes en Estudios de Filosofía Política*, 1 ed, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ROUSSEAU, Jean, *Contrato Social*, 5 ed, Editorial espasa-calpe, 1990.

SCHMITT, Carl, *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*, 1 ed, España: Editorial Tecnos S.A., 1996.

SELSER, Gregorio, *Cronología de las intervenciones extranjeras en América Latina: 1899-1945*, Tomo III, 1 ed, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

SIMPSON, Brian. *Reflections on the Concept of Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, 2011.

SIRVENT, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 15 ed, México: Editorial Porrúa, S.A., 2012.

SÓFOCLES, *Tragedias- Antígona*, Madrid: Editorial Gredos S.A., 1981.

THE SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY, *The Warren Court, 1953-1969*. Disponible en: https://supremecourthistory.org/timeline_court_warren.html

THE SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY, *The Burger Court, 1969-1986*. Disponible en: https://supremecourthistory.org/timeline_court_burger.html

THE SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY, *The Rehnquist Court, 1986-2005*. Disponible en: https://supremecourthistory.org/timeline_court_rehnquist.html

“*The First Charter of Virginia; April 10, 1606, Henning's Statutes of Virginia, I*”, States United: Yale Law School - Lillian Goldman Law Library, 1606.

TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique 1835-1840*, 1 ed electr : Editorial Titivillus Epub, 2015.

UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Andrés. *Interpretación Judicial*, 2ed. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura. 2009.

WALDRON, Jeremy, *God, Locke, and equality: Christian foundations in Locke's political thought*, 1 ed, New York: Cambridge University Press, 2002.