

46

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO

Directores: Carlos Arturo Hernández • Santiago Ortega Gomero



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

DWORKIN SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR ACADÉMICO
CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

DWORKIN
SOBRE EL DERECHO
INTERNACIONAL

DIRECTOR ACADÉMICO
CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ



UNIVERSIDAD LIBRE®

COLECCIÓN
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS
DEL DERECHO

46

Directores
Carlos Arturo Hernández
Santiago Ortega Gómero

DWORKIN
SOBRE EL DERECHO
INTERNACIONAL

DIRECTOR ACADÉMICO
CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

2017

Dworking: sobre el derecho internacional / Carlos Arturo Hernández Díaz, Santiago Ortega Gomeró directores. -- Bogotá : Universidad Libre, 2015.

310 p.; 22 cm. -- (Colección Tendencias Contemporáneas del Derecho)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-8981-47-5

1. Filosofía del derecho 2. Teoría del derecho 3. Interpretación del derecho I. Hernández Díaz, Carlos Arturo, dr. II. Ortega Gomeró, Santiago, dr.

340.1

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN: 978-958-8981-47-5 IMPRESO

ISBN: 978-958-5466-12-8 DIGITAL

Dworkin sobre el Derecho Internacional

© Universidad Libre

© Director Académico: Carlos Arturo Hernández

© Autores: María Lourdes Santos Pérez, Verónica Rodríguez-Blanco, Adam Tucker, Manuel Jesús Rodríguez Puerto, Cristóbal Orrego, Mariano C. Melero, Raúl Montoya Zamora, Juan Pablo Sterling Casas, Alejandro Robledo Rodríguez

Colección: Tendencias Contemporáneas del Derecho

Directores: Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega Gomeró

Traductores: Santiago Ortega Gomeró y Carlos Arturo Hernández

Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición - marzo de 2017

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 1000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Bruno Celano

Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho
Università degli. Studi di Milano, Italia

Alejandro Robledo Rodríguez

Doctorando en Filosofía
Instituto de Humanidades
Universidad Diego Portales, Chile

Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Doctorado Universidad de Alicante

Jorge Luis Fabra Zamora

M.A. Student, McMaster University

Xavier Díez de Urduvía

Doctor en Derecho Universidad Complutense, Madrid

Silvina Pezzetta

Doctoranda del Doctorado de la Facultad de Derecho
De la Universidad Nacional de Rosario

Mario Jori

Università degli Studi di Milano

Enrico Diciotti

Università degli Studi di Siena -Mario Jori, Italia

Francesco Viola

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Palermo Italia -Marc Van Hoecke

PAR EVALUADOR

Rafael Santa Cruz Lima

Universidad del Estado de México

Jorge Fabián Villalba

Universidad Católica de Córdoba Argentina

Néstor Orlando Varón

Universidad Libre

DIRECTIVAS UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional: Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente Nacional: Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional: Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

Secretario General: Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional: Antonio José Lizarazo Ocampo

Director Nacional de Planeación: Omeiro Castro Ramírez

Director Nacional de Investigaciones: José Helvert Ramos Nocua

Presidente Seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos

Rector Seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Derecho: Carlos Arturo Hernández Díaz

Secretario Académico: Álvaro Aljure Moreno

Director Centro de Investigaciones: John Fitzgerald Martínez Vargas

CONTENIDO

Capítulo 1. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin <i>María Lourdes Santos Pérez</i>	9
Capítulo 2. La acción en el imperio de la ley: juzgar en modo deliberativo <i>Verónica Rodríguez-Blanco</i>	59
Capítulo 3. Revisando la Revisión Pregunta Judicial <i>Adam Tucker</i>	91
Capítulo 4. Ronald Dworkin y la creación judicial del derecho. Una reflexión breve <i>Manuel Jesús Rodríguez Puerto</i>	107
Capítulo 5. El liberalismo de Ronald Dworkin a propósito de Ética privada e igualitarismo político <i>Cristóbal Orrego</i>	135
Capítulo 6. Derecho e interpretación en Ronald Dworkin <i>Mariano C. Melero</i>	167
Capítulo 7. La influencia de Ronald Dworkin en la jurisprudencia del tribunal electoral del poder judicial de la federación <i>Raúl Montoya Zamora</i>	183
Capítulo 8. Hermenéutica y argumentación jurídica: Límites a la discrecionalidad judicial <i>Juan Pablo Sterling Casas</i>	211
Capítulo 9. El liberalismo igualitario de Rawls y la posición de Dworkin <i>Alejandro Robledo Rodríguez</i>	231

UNA FILOSOFÍA PARA ERIZOS: UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

María Lourdes Santos Pérez
Universidad de Salamanca

Desde *Judicial Discretion*¹ hasta *Terror and the Attack on Civil Liberties*², han transcurrido cuarenta años. En cuatro décadas, Dworkin se ha revelado un escritor muy prolífico, con una producción literaria que ronda las doscientas publicaciones entre conferencias, artículos y libros. No sólo estamos ante una bibliografía abultadísima sino que ésta representa una de las aportaciones más fecundas a la filosofía del derecho. Además de las numerosas reimpresiones de sus obras, de la traducción a numerosas lenguas y de la abultadísima bibliografía secundaria que ha generado, existe un acuerdo generalizado en el sentido de reconocer que, desde que saliese a la luz en 1977 *Taking Rights Seriously*, Dworkin ha protagonizado algunas de las polémicas que han tenido efectos más importantes en el desarrollo de la teoría del derecho de los últimos tiempos.

Pero que Dworkin sea un autor muy popular no significa que sea suficientemente *bien conocido*. El hecho de que a menudo su pensamiento haya sido objeto de interpretaciones erróneas y malentendidos puede explicarse, en mi opinión, a la luz de ciertos rasgos asociados a su obra. Me gustaría llamar la atención sobre tres de ellos. *En primer*

¹ DWORKIN, 1963. Debo advertir que las referencias que contiene este trabajo no son exhaustivas sino meramente ilustrativas.

² Cuando redacto estas líneas acaba de aparecer este nuevo título: cfr. DWORKIN, 2003.

lugar, estamos ante un escritor muy fecundo. Aunque en el grueso de su producción no faltan “libros”, Dworkin se ha revelado ante todo un articulista prolífico, que además no desdeña incursiones en ámbitos temáticos que trascienden la esfera estrictamente académica. Más aún, buena parte de los libros por él publicados no obedecen a un diseño sistemático, sino que son más bien colecciones de artículos publicados al hilo de incitaciones muy diferentes.

Eso hace que en ocasiones no sea inmediatamente perceptible el nexo sistemático que, sin embargo, presta unidad teórica a contribuciones suyas dispersas. Además, Dworkin construye su teoría recurriendo asiduamente a una terminología y, en general, a un “utillaje” teórico muy original, que dificulta considerablemente la tarea de situar sus ideas dentro de un marco de discusión más convencional.

1. UNA FILOSOFÍA PARA ERIZOS: UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

Esto es particularmente visible en la relación que Dworkin establece con las teorías rivales: él elabora su teoría del derecho y su teoría política en gran medida a partir de la crítica de posiciones adversas, pero muy a menudo construye sus propios contrincantes a la medida de sus necesidades argumentales, y eso crea problemas a la hora de identificarlos en el panorama histórico-filosófico. *Finalmente*, Dworkin tiende a situar la discusión en el nivel más profundo de los supuestos de fondo, allí donde convergen cuestiones fundamentales de teoría del derecho, filosofía política y filosofía moral, disolviendo las barreras disciplinares convencionales que sirven de coordenadas para las discusiones. Para entender este último punto, resulta particularmente reveladora la distinción que Dworkin ha trazado en uno de sus últimos trabajos³ entre lo que denomina una filosofía moral y política *para zorros* y una filosofía moral y política *para erizos*. Mientras que los zorros son una clase de pensadores que mantienen una visión dispersa y múltiple de la realidad persiguiendo, en consecuencia, fines diferentes, en ocasiones contradictorios entre sí, sin

³ DWORKIN, 1999.

pretender integrarlos en una única visión globalizadora, los erizos, entre los que se incluiría el propio Dworkin, aspiran a poder articular una visión del mundo coherente a partir de un principio rector o de un conjunto coherente de principios, a la par que organizar su vida con unidad y armonía.

En lo que sigue intento ofrecer indicaciones para una mejor comprensión del pensamiento de Dworkin que permita percibir los nexos sistemáticos que existen entre las diversas piezas. Con este propósito, he dividido este trabajo en tres partes.⁴ En la primera parte, empezaré exponiendo las tesis fundamentales de su pensamiento en el terreno de la teoría del derecho, de la teoría de la justicia y de la teoría ética. En este sentido, mi interés principal radica no tanto en llevar a cabo un análisis exhaustivo y definitivo –obviamente, razones de espacio, más aún el hecho de que Dworkin sea un autor vivo que se encuentra en pleno proceso de elaboración de su obra⁵, limitan considerablemente mi empeño⁶–, cuanto en mostrarlo de un modo más ordenado.

En la segunda parte me detengo a examinar lo que llamaré el “holismo metodológico” o “ambición de continuidad” que parece presidir su obra. En efecto, como se verá, en el pensamiento de Dworkin teoría del derecho, teoría de la justicia –y más aún, teoría ética– forman un *continuo* que representa un desafío a los contornos convencionales de cada disciplina.

⁴ El trabajo se completa con un Apéndice Bibliográfico –que incluye escritos inéditos–, donde he seguido un criterio de ordenación cronológico.

⁵ Dworkin sigue escribiendo mucho –por ejemplo, es un colaborador habitual de la prestigiosa revista *New York Review of Books*– y de forma muy creativa. Así, por poner solo un caso, está próxima la aparición de un nuevo libro suyo de teoría política cuyo título provisional es *The Roots of Justice* [DWORKIN 1997b, 1997c], algunos de cuyos capítulos, que están circulando de forma más o menos privada, anticipan novedades importantes para la comprensión de su pensamiento.

⁶ Las ideas aquí recogidas han sido objeto de un tratamiento más extenso en mi tesis doctoral, inédita, *La Filosofía Política de Ronald Dworkin y la relación con su Teoría del Derecho*. Estoy en deuda con Miguel Ángel Rodilla, su director, quien puso a mi disposición todo su tiempo y conocimientos, que confío haber sabido reflejar y expresar, también en el presente trabajo.

En relación a este punto me interesan sobre todo dos cosas: *identificar* el punto de conexión –o tal vez mejor, el vehículo de circulación– entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética, y *precisar* el sentido y las consecuencias de esa afirmación o supuesto de continuidad que, de un modo más o menos articulado, orienta su pensamiento. Dedicaré la tercera parte del trabajo a considerar una objeción que podría formularse al pensamiento de Dworkin al hilo de las reflexiones precedentes. Una vez que se muestra la continuidad que Dworkin establece entre su teoría del derecho y una teoría liberal de la justicia, ¿no resulta evidente que la teoría del derecho de Dworkin no puede pretender validez general? Visto desde otro ángulo, si no sólo la comprensión de las prácticas jurídicas sino también la comprensión de lo que Dworkin llama la “moralidad política” necesitan de “interpretación”, y la interpretación ha de hacerse desde el interior de un universo cultural, ¿podemos afirmar que su teoría política puede pretender tener validez general? En definitiva, ¿es la suya una teoría del derecho –y por ende, una teoría política y una teoría ética– pensadas sólo para la sociedad norteamericana, o más restrictivamente, pensadas sólo para los sectores “liberales” (en el sentido que esta expresión tiene en los Estados Unidos) de esa sociedad?

I

Aunque entre nosotros Ronald Dworkin es conocido fundamentalmente por sus escritos de teoría del derecho, lo cierto es que estamos ante un autor cuya producción se ha orientado también al estudio de temas de teoría política y de teoría ética. He organizado las tesis principales de Dworkin obedeciendo a la secuencia *teoría del derecho*–*teoría de la justicia*– *teoría ética*, no sólo porque parece el modo más natural de exposición, sino porque esa secuencia en cierto modo refleja el proceso mismo de formación del pensamiento del autor. En efecto, aunque la idea de continuidad y la ambición holista probablemente forman parte de los impulsos y convicciones más tempranos de Dworkin, y aunque muy a menudo es problemático intentar situar sus escritos en una u otra área temática, lo cierto es que desde *Taking Rights Seriously* hasta *Sovereign Virtue* y los esbozos que conocemos de *The Roots of Justice* es perceptible

un desplazamiento del centro de gravedad en los intereses del autor siguiendo precisamente esa secuencia.

2. EL “DERECHO COMO INTEGRIDAD”:

MÁS ALLÁ DE LA ALTERNATIVA

“O POSITIVISMO O IUSNATURALISMO”

Sin ninguna duda la obra de Dworkin ha influido notablemente en el desarrollo de la *teoría del derecho* de los últimos treinta o cuarenta años. Su principal contribución, en este sentido, consiste en el ataque que ha dirigido al positivismo jurídico, probablemente el más poderoso que se ha llevado a cabo contra esta tradición de pensamiento en los últimos decenios. Pero Dworkin no se ha limitado a minar los cimientos del positivismo; al mismo tiempo ha elaborado una teoría alternativa.

La teoría del derecho de Dworkin, que él mismo denomina “derecho como integridad”, es el resultado de un largo proceso de gestación en el que cabe distinguir al menos dos grandes etapas. En una primera, presidida por su archiconocido libro *Taking Rights Seriously*, sus esfuerzos se orientan a la crítica de algunas de las tesis centrales del positivismo, en particular en la versión que del mismo nos ha sido suministrada por Hart y que el mismo Dworkin denominó “el modelo de las reglas (*model of rules*)”.⁷

Conforme al modelo de las reglas, el contenido del derecho se agota en un catálogo discreto de normas positivas identificables mediante

⁷ En realidad la crítica que pone en marcha el autor es mucho más general y se dirige contra una “teoría jurídica” a la que considera “dominante”. Dicha “teoría” se caracterizaría por los rasgos siguientes. En primer lugar, se trata de una teoría que se concibe a sí misma como “liberal”. En segundo lugar, es una teoría compleja en el sentido de que “tiene dos partes” que se corresponden con las que Bentham denominaba “jurisprudencia descriptiva” y “jurisprudencia censoria”. Dworkin aclara, además, que en la primera parte la teoría dominante adopta alguna variante del positivismo jurídico, y en la segunda alguna versión del utilitarismo. Y en tercer lugar, se trata de una teoría que, aun admitiendo su complejidad estructural, rechaza en todo caso que exista una relación de “dependencia recíproca” entre las dos partes que la integran. Véase a este respecto, DWORKIN, 1983 [en particular la *Introducción*].

algún criterio convencional del tipo de la *regla de reconocimiento* de Hart. El campo de pruebas a que somete el autor a este modelo lo constituyen los llamados “casos difíciles” (*hard cases*), aquellos casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes; frente a estos, el modelo positivista desarrolla una teoría de la jurisdicción en la que ocupa un lugar central la idea de discreción judicial. Si, de acuerdo con el “modelo de reglas”, el derecho está integrado exhaustivamente por un conjunto finito de reglas convencionales, los casos difíciles no pueden, por definición, resolverse adecuadamente mediante la aplicación de las reglas del sistema sino que precisan la intervención libre del juzgador. En opinión de Dworkin, el positivismo, así descrito, lleva a una descripción del proceso judicial que no sólo contradice la forma como los jueces interpretan su propia actividad sino que además es contraria a los principios políticos en que se asienta la actividad institucional de los tribunales –*verbigracia*, el principio de división de poderes y el principio de irretroactividad de las leyes–. A juicio del autor se obtiene una comprensión mejor del proceso judicial si se admite que el derecho está integrado no sólo por reglas positivas sino también por *principios*, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico⁸.

La crítica de Dworkin al positivismo, con su insistencia en el papel que desempeñan los principios en la práctica de aplicación del derecho, abrió una crisis muy profunda en la teoría del derecho que había dominado en las décadas anteriores: no sólo obligaba a revisar la tesis de la separación entre derecho y moral, sino que además ponía en cuestión la tesis hartiana sobre la discreción judicial y la llamada “tesis sobre las fuentes sociales del derecho”. Pero además estaba cargada de implicaciones *filosófico-políticas*. Que la teoría del derecho de Dworkin tenía relevancia filosófico-política es algo que inmediatamente se puso de manifiesto cuando las discusiones sobre el modelo dworkiniano de

⁸ En los capítulos 2, 3 y 4 de DWORKIN, 1983 se encuentra el meollo de la crítica que el autor formula al positivismo hartiano.

sistema jurídico se pusieron en conexión con las discusiones que por entonces se estaban produciendo sobre la naturaleza, la estructura y los fundamentos del Estado constitucional. Así, por ejemplo, la discusión que Dworkin abrió en relación con la discreción judicial afectaba al principio de la división de poderes y a la significación del principio de vinculación de los jueces al derecho; y la conexión que mostró entre principios y derechos, unida a la distinción conexa entre “argumentos de principio” y “argumentos de oportunidad política”, enlazaba con las discusiones sobre el lugar de los derechos en un sistema constitucional, y en general sobre los límites constitucionales del poder legislativo.⁹

Con la publicación de *Law's Empire* se abre una segunda etapa en la que los esfuerzos del autor se orientan ya no sólo a la crítica de la “teoría dominante” sino también a la *construcción* de una teoría jurídica alternativa. Dworkin concibe su “derecho como integridad” como una “concepción interpretativa” del derecho enfrentada polémicamente a otras “concepciones interpretativas” rivales, en particular al “convencionalismo” que se corresponde con la versión ideológica del positivismo jurídico, y al “pragmatismo” que se corresponde con el realismo jurídico norteamericano.

Como se desprende de lo anterior, Dworkin aborda el concepto de derecho como un “concepto interpretativo” y no como un “concepto semántico”. Tomando como base una reflexión sobre las “discrepancias teóricas”¹⁰ que se producen entre los juristas en

⁹ Cfr. DWORKIN, 1985 [en particular los capítulos 1, 2 y 3].

¹⁰ Así como *Taking Rights Seriously* el punto de partida es una consideración de los casos difíciles, *Law's Empire* arranca de un examen de las discrepancias que se producen entre los juristas a propósito del derecho. El campo de las discrepancias que se producen en la práctica del derecho es amplio y variado. Dworkin limita su análisis en varios sentidos. Para empezar, no le interesan todas las discusiones que pueden surgir en la práctica jurídica sino sólo aquéllas que versan sobre lo que él mismo llama “cuestiones de derecho”. A diferencia de los desacuerdos sobre “cuestiones de hecho”, que versan sobre los hechos que configuran el caso, y los desacuerdos sobre “cuestiones morales”, que versan sobre si la solución que proporciona el derecho al caso es justa o injusta, y en el segundo supuesto, si los jueces y otros funcionarios públicos deben o no imponerla, los desacuerdos sobre “cuestiones de derecho” son más bien discrepancias sobre cuál es el derecho aplicable al

los procesos de aplicación del derecho, Dworkin sostiene la tesis de que, para esclarecer qué se entiende por derecho, es inútil pretender sacar a la luz las reglas que regulan el uso del término, sino que se requiere más bien un proceso *interpretativo* en el que están presentes, inevitablemente, valoraciones *políticas*. El error de buena parte de las teorías del derecho consiste, a juicio del autor, en haber ignorado la naturaleza *interpretativa* –y no *semántica*– del concepto de derecho tal y como se usa en la práctica jurídica. Por cierto que en ese ataque de Dworkin a las teorías semánticas ocupa un lugar muy destacado la crítica a la que él denomina la “perspectiva del derecho como mero hecho” (la *plain fact view*), que viene a corresponderse con la versión conceptual del positivismo; pero el ataque es un ataque general a un enfoque muy extendido que afecta también a algunas versiones del iusnaturalismo. Ahora bien, si se acepta que el concepto de derecho es un concepto interpretativo, y no semántico, la superioridad de una teoría del derecho se mide en función de su capacidad para ofrecer una interpretación de ese concepto que, al mismo tiempo *concuere* con las realizaciones efectivas de la práctica en que ese concepto está involucrado y ofrezca la mejor *justificación* de tales realizaciones. En este sentido, Dworkin propone su propia concepción del “derecho como integridad”.

No puedo examinar con un mínimo de atención por qué esta concepción interpretativa suministra una interpretación mejor (en las dos dimensiones que ya sabemos de “concordancia y justificación”) de la práctica jurídica que las otras dos concepciones.

caso. Ahora bien, necesitamos introducir todavía una distinción más dentro del conjunto de los “desacuerdos sobre cuestiones de derecho”. A propósito del derecho aplicable pueden surgir “desacuerdos empíricos” y “desacuerdos teóricos”. Los “desacuerdos empíricos” se dan cuando, existiendo consenso sobre cuáles serían los fundamentos de derecho que, si se satisficieran, harían que una proposición jurídica relativa a un caso fuera verdadera, existen en cambio dudas sobre si de hecho esos fundamentos se ven satisfechos o no en el caso. En cambio, los desacuerdos que Dworkin denomina “teóricos” son aquéllos en los que se disiente sobre los fundamentos mismos, es decir, sobre qué tipo de enunciados deciden la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas. Cfr. DWORKIN, 1986, pp. 3-6.

Tengo que limitarme a unas cuantas indicaciones.¹¹ Para empezar, Dworkin presenta la integridad como un “ideal” o “virtud” política que encierra la exigencia general de que los poderes públicos se conduzcan no de modo caprichoso o arbitrario sino de manera coherente, es decir de acuerdo a un único sistema coherente de pautas de corrección y de rectitud, que el propio autor caracteriza como “los principios de justicia, equidad y debido proceso”, aún cuando en la comunidad política de que se trate existan desacuerdos más o menos profundos a propósito de cuáles son precisamente las exigencias de la justicia, la equidad y el debido proceso¹².

Con el fin de aclarar esta idea, Dworkin establece un paralelismo entre la integridad como valor político y la integridad como virtud personal. Igual que respecto de nuestros vecinos, amigos, colegas de trabajo..., etc., podemos exigir que se comporten, si no de acuerdo a lo que *nosotros* entendemos que son *las* pautas correctas, sí al menos con coherencia de acuerdo con lo que *ellos* entienden que es correcto, del mismo modo el ideal de la integridad política exige al gobierno “hablar con una sola voz”, es decir actuar aplicando de forma consistente los principios de una filosofía política definida, aunque esa filosofía no sea compartida en todos sus extremos por todos sus ciudadanos. Dworkin añade que la asociación de las prácticas jurídicas de una comunidad con la integridad supone admitir una cierta personificación de la comunidad, que es tomada como un agente moral en el sentido de que se considera que es capaz de adoptar y expresar sus

¹¹ Cfr. DWORKIN, 1986: capítulos 4 a 6.

¹² De acuerdo con Dworkin, cualquier teoría política mínimamente articulada atribuye un lugar central a los valores de justicia, equidad y debido proceso. Con el rótulo de la *equidad*, Dworkin se refiere a una exigencia relativa a la forma correcta de distribución del poder político en sus diferentes ramas y niveles. A su vez, el término *justicia* se refiere al requisito de que el contenido distributivo de las decisiones que adopten los poderes públicos sea moralmente defendible. Finalmente, bajo la exigencia del *debido proceso* subyacería la exigencia de que los procesos que se adopten para resolver las pretensiones de los ciudadanos en las distintas esferas de decisión pública respondan a criterios no arbitrarios. Por lo demás, Dworkin advierte que estos rótulos son en gran medida arbitrarios, que no siempre la filosofía política designa con estos nombres estas exigencias. cfr. DWORKIN, 1986, pp. 164 y ss.

proprios principios, que pueden ser distintos de los que defienden sus miembros individualmente¹³.

Ahora bien, integridad es un valor abstracto que opera a lo largo y a lo ancho del funcionamiento de todo el sistema político y jurídico; pero *diferenciadamente*. En este sentido, Dworkin diferencia un principio de integridad en la legislación y un principio de integridad en la jurisdicción. El primero exige a los políticos y los funcionarios del estado que actúen –*verbigracia*, al introducir normas nuevas o reformar normas vigentes– basándose en un conjunto coherente de principios que se supone que están en la base de todo el material¹⁴ jurídico vigente. Por su parte, la integridad aplicada a la práctica jurisdiccional exige a los jueces interpretar el derecho existente bajo la hipótesis de que fue creado por un único legislador que, además, actuaba bajo un esquema coherente de principios¹⁵.

En realidad, es en la aplicación judicial del derecho donde se manifiesta de forma más significativa la importancia que tiene la idea de integridad para la concepción dworkiniana del derecho.

Dworkin señala reiteradamente que la práctica jurídica por excelencia es la práctica judicial, que, por así decirlo, los tribunales constituyen el escenario idóneo para poner a prueba la superioridad interpretativa de su teoría del derecho. En este sentido, el autor insiste en que la integridad forma parte de las condiciones sobre las

¹³ Al formular la idea de la personificación, Dworkin no está en realidad avanzando una tesis metafísica antinomialista; en realidad el tratamiento de una colectividad como una persona está ya presente en la praxis de atribución de responsabilidades en el ámbito del derecho de daños y del derecho de sociedades. Por lo demás, la personificación de la comunidad, implícita en la teoría del “derecho como integridad”, permite hacer justicia a ciertas idealizaciones que aparecen implícitas en los procesos jurisdiccionales, además de que permite un tratamiento más satisfactorio del problema de las relaciones entre “individuo” y “comunidad”. Para Dworkin sólo una comunidad asentada en el valor de la integridad es una verdadera comunidad, una comunidad “de principio”, compatible con el respeto de los ciudadanos y de sus convicciones morales personales. Cfr. DWORKIN, 1986, pp. 167 y ss., pp. 208 y ss.; también *infra* p. 13.

¹⁴ Cfr. DWORKIN, 1986: capítulo 6.

¹⁵ *Ibidem*, capítulo 7.

que se desarrolla la actividad cotidiana de los jueces, de modo que la caracterización del derecho como “integridad” hace justicia a los presupuestos normativos bajo los que opera el trabajo jurisdiccional. Este último punto merece un poco más de atención.

Como he apuntado, el principio jurisdiccional de la integridad requiere que los jueces procuren actuar manteniendo coherencia con el derecho en su conjunto; debe añadirse ahora que esta concepción no les recomienda, para conseguir este objetivo, un programa de trabajo concreto y bien definido, sino que, por así decirlo, se limita a exhortarles a que continúen *interpretando* el material jurídico vigente, tal y como han hecho las generaciones anteriores de jueces. Frente al convencionalismo, que pide a los jueces que, a la hora de dictar sus sentencias, sigan las convenciones jurídicas de su comunidad y, a falta de ellas, resuelvan discrecionalmente, y frente al pragmatismo, que insta a los jueces a que tomen sus decisiones tratando de prever cuáles serán las mejores consecuencias para el futuro de la comunidad, la concepción del derecho como integridad propone al juez que trabaje *como si el derecho de una comunidad fuera la obra de un “legislador racional” de modo que para cada caso hubiera una respuesta correcta y sólo una.*

Esta formulación hace ver que la teoría de Dworkin se levanta a la sombra de fuertes idealizaciones. Pero éstas no son arbitrarias, sino que derivan de presuposiciones sobre las que se asienta el trabajo jurisdiccional, al menos en un estado de derecho. En efecto, en el marco de un Estado de derecho, y en la medida en que está proscrito el pronunciamiento de *non liquet*, los jueces tienen el deber institucional de resolver todos los casos litigiosos, y además el deber de hacerlo con arreglo a derecho. En este sentido actúan (y en realidad deben actuar) bajo la suposición de que siempre hay una solución –lo que es tanto como decir que el derecho no alberga lagunas– y que sólo hay una solución correcta en términos del sistema –lo que es tanto como decir que el derecho no adolece de antinomias–. Imponer a los jueces el deber de fallar en *todos los casos* y además fallarlos con arreglo al derecho vigente obliga a estos al desarrollo de una teoría omnicomprensiva del derecho de proporciones definitivamente “hercúleas” capaz de especificar los principios que subyacen a las prácticas jurídicas.

El mítico juez Hércules¹⁶, al que Dworkin confía el desarrollo práctico de su teoría, es en realidad la personificación teórica de ciertas presuposiciones normativas bajo las que descansa la actividad jurisdiccional. A diferencia de la actividad arbitral y de las meras decisiones, la actividad jurisdiccional está sometida a una exigencia institucional de justificación, y por cierto de una justificación que sólo puede extraer sus argumentos del derecho vigente. En este sentido puede que, llegado el caso, el juez tenga que llevar a cabo lo que Dworkin denomina un “ascenso justificatorio”¹⁷, buscando una solución al litigio en áreas del derecho cada vez más remotas y alejadas. Aunque ese “ascenso justificatorio” normalmente no es preciso hacerlo explícito, siempre está implícito en toda argumentación jurídica. Esta idea la ha expresado el autor de un modo tal vez más claro, deshaciendo de paso un equívoco bastante extendido a propósito de la significación de los llamados “casos difíciles”. Los “casos fáciles”, señala Dworkin, no son más que un supuesto especial de los “difíciles”: en todo litigio que se ventila ante un tribunal está siempre latente la posibilidad de que el caso se transforme en un “caso difícil”; lo que sucede es que, por lo general, aquel estado de “dificultad latente” no llega a concretarse en un estado de “dificultad manifiesta”, y por eso no exige del juzgador apartarse de aquello que se tiene por cierto e indubitado para embarcarse en la empresa titánica de proporcionar una justificación completa de todo el material jurídico¹⁸.

Para terminar este repaso por la teoría jurídica de Dworkin, dedicaré algunas líneas a una cuestión que ha generado cierto debate. Me estoy refiriendo a las señas de identidad de su teoría, a su posible adscripción a una de las dos grandes tradiciones de pensamiento que constituían la vieja alternativa “o iusnaturalismo o positivismo jurídico”. Opiniones en ambos sentidos no han faltado, aunque quizá sean más quienes han visto en su obra conexiones con el iusnaturalismo. Aunque es verdad que el autor ha dedicado poca atención a este tema¹⁹ lo cierto es que algunas de sus tesis filosófico-jurídicas arrojan luz sobre esta cuestión.

¹⁶ Cfr. DWORKIN, 1983, capítulo 4; también DWORKIN, 1986, pp. 239 y ss.

¹⁷ Cfr. DWORKIN, 1997a.

¹⁸ DWORKIN, 1986, pp. 265-266.

¹⁹ Puede encontrarse un pronunciamiento explícito en “Natural Law Revisited” [DWORKIN, 1982], que, sin embargo, es confuso. En concreto, Dworkin, en

A mi juicio, el pensamiento de Dworkin no puede catalogarse de “o iusnaturalista o positivista”, sino que se sitúa más allá de este modo de organizar las discusiones en teoría del derecho. Que la posición del autor no responde claramente a ninguna postura ortodoxa es algo que se manifiesta claramente cuando examinamos el tratamiento que ofrece del viejo problema de las relaciones entre derecho y moral. Uno de los puntos interesantes de la idea de integridad como “virtud” característica del derecho es que permite explicar de modo satisfactorio la *conexión* necesaria y al mismo tiempo la *diferenciación* entre ambos órdenes normativos. La teoría del derecho como integridad afirma la existencia de una relación interna entre derecho y moral. En efecto, Dworkin señala que la práctica jurídica –de forma muy señalada, la práctica jurisdiccional– está sometida a una exigencia de justificación que no puede satisfacerse apelando a meras convenciones sino que requiere el recurso a principios, y que esos principios han de entrar en el proceso de justificación como principios *morales*. Aunque los jueces no pueden decidir sobre la base de sus propios principios, sino sobre la base de los principios del sistema, la integridad les exige aplicarlos no como meras creencias convencionales sino en su condición de principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos.

Ahora bien, la teoría del derecho como integridad también señala que no se opera desde el vacío institucional, que la búsqueda y la administración de la justicia está condicionada por la existencia de otras normas así como de instituciones y procedimientos normativos –integridad, recordemos, significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes²⁰–. Dado que no

ese artículo, se reconoce iusnaturalista pero da una definición de iusnaturalismo que se corresponde escasamente con el uso habitual.

²⁰ En sus comentarios conclusivos a *El imperio del derecho* (DWORKIN 1986), Dworkin introduce inesperadamente una distinción entre lo que llama una “integridad inclusiva” y una “integridad pura”. La primera busca coherencia entre *todas* las virtudes –justicia, equidad y debido proceso–; la segunda hace abstracción de las restricciones que derivan de la equidad y el debido proceso, e invita a considerar lo que sería el derecho si los jueces fuesen libres para perseguir libremente coherencia en relación con los principios de justicia. Esta distinción permite introducir una mayor complejidad en la concepción del derecho que estamos examinando. Indica que, una vez que

se puede hacer tabla rasa de estas restricciones, se comprende fácilmente que la pretensión de corrección que asociamos a los principios que están en la base de las decisiones de los jueces puede revelarse errónea; y esto explica que los diferentes sistemas jurídicos se hallan permanentemente sujetos a la cuestión de la legitimidad y abiertos a la crítica moral.

La tesis de la integridad, ligada a una consideración interpretativa del concepto de derecho, ofrece por lo demás una respuesta al problema de los derechos injustos mucho más diferenciada y refinada que las respuestas meramente “clasificadoras” basadas en un enfoque semántico (ya sea de corte positivista, ya sea de corte iusnaturalista), que simplifica el problema de la relación entre derecho y justicia afirmando o negando que la condición de justo sea una propiedad “definitoria” del derecho. En esencia, Dworkin viene a decir que el problema de si el derecho injusto es o no derecho no es un simple problema “conceptual” de naturaleza clasificatoria sino que incluye un puñado de problemas diversos de naturaleza *interpretativa*²¹.

3. LA “IGUALDAD LIBERAL”, UNA TEORÍA LIBERAL DE LA JUSTICIA

La exigencia de integridad es una exigencia compleja porque requiere actuar sobre la base de un conjunto de principios de moralidad política de diversa naturaleza: junto a principios morales substantivos (principios de justicia) han de considerarse principios formales

adoptamos la idea de integridad como el núcleo de una concepción interpretativa del derecho, nos vemos obligados a reconocer la existencia de una cierta tensión o compromiso del derecho actual –que está fijado por la integridad inclusiva– hacia su propio perfeccionamiento –de acuerdo con las exigencias defendidas por la integridad pura–. Para expresarlo de otra manera, la distinción de estos dos niveles de integridad permite diferenciar claramente lo que es la teoría del derecho de una comunidad de lo que es su teoría de la justicia; en puridad, el paso de la integridad *inclusiva* a la integridad *pura* representa el paso desde la teoría del derecho a la teoría ideal de justicia de una comunidad. Cfr. DWORKIN, 1986, pp. 400 y ss. Me ocuparé inmediatamente de este punto.

²¹ DWORKIN, 1986, p. 73 ss; pp. 101-108.

y procedimentales (principios de equidad y principios de debido proceso). El juez y el intérprete –operando *de lege data*– han de trabajar sobre la base de una “teoría política” que articule de una forma satisfactoria las exigencias derivadas de esos principios, y que determine en qué medida las exigencias de justicia quedan sujetas a las exigencias derivadas del carácter institucional del derecho.

En este sentido deben respetar lo que Dworkin denomina “integridad inclusiva”²². En cambio el legislador y el teórico del derecho –operando *de lege ferenda*– pueden desentenderse ampliamente de las restricciones formales y procedimentales impuestas por la equidad y el debido proceso, e investigar cuál sería la solución de un caso operando simplemente a la luz de los principios de justicia subyacentes al derecho de su comunidad, haciendo caso omiso de la ley existente al respecto. En ese caso estarían respondiendo más bien a las exigencias de lo que Dworkin denomina “integridad pura”²³. Ahora bien, en ambos casos, tanto bajo la integridad pura como bajo la integridad inclusiva, estamos trabajando en el interior de una determinada historia jurídica y, por consiguiente, reconstruyendo la teoría política y los principios de moralidad política propios de una comunidad particular. El paso de la teoría del derecho a una teoría de la justicia requiere transcender las barreras impuestas por la pertenencia a una tradición jurídica y política particular. Eso es precisamente lo que hace Dworkin cuando pasa de la teoría del “derecho como integridad” a la teoría de la “igualdad liberal”.

Bajo la denominación “igualdad liberal”, Dworkin elabora una teoría de la justicia que, a pesar de su alto grado de abstracción, pretende ser distintivamente liberal. El proyecto filosófico-político de Dworkin se enmarca dentro de una interesante reflexión sobre el estado actual del liberalismo²⁴. De acuerdo con su diagnóstico, el liberalismo aparece

²² *Supra* n. 20.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Tal vez no está de más recordar que lo que ha terminado considerándose *pensamiento liberal* es el resultado de la acumulación histórica de ingredientes procedentes de una cierta variedad de doctrinas como son el liberalismo clásico, el utilitarismo, el socialismo y otros procedentes de la herencia de la ilustración. Cfr. DWORKIN, 1978; también DWORKIN, 1985, capítulos 8 y 9.

sumido en una profunda crisis de identidad, que se desenvuelve en dos planos diferentes. *Por un lado*, en el marco de las discusiones políticas domésticas, a menudo hay dificultades para identificar un programa político como distintivamente liberal, porque no está claro cuáles son sus ingredientes y componentes fundamentales, su núcleo esencial. *Por otro lado*, el liberalismo ha perdido buena parte del atractivo que en otro momento tuvo, porque no se han explorado debidamente sus fundamentos más profundos, sus vínculos con otras ramas del conocimiento, muy en particular con la ética. Para salir de esa crisis, Dworkin se propone seguir una estrategia doble: *por una parte*, identificar los elementos fundamentales del liberalismo, la estructura básica de principios de una concepción distintivamente liberal que el autor denomina los “fundamentos políticos”; *por otra*, investigar la fundamentación filosófica de semejante concepción, sus “fundamentos filosóficos”, en particular mostrar que esos principios tienen una conexión sólida con una concepción ética atractiva. Analizaré a continuación los esfuerzos de Dworkin por identificar el núcleo de una concepción política distintivamente liberal, el corazón de lo que él denomina la “moralidad constitutiva” del liberalismo, ocupándome después de la forma como Dworkin aborda el tema de proporcionar fundamento a esa concepción.

Acabo de señalar que la teoría dworkiniana de la justicia es una teoría distintivamente *liberal*. En este sentido, la filosofía política del autor avanza en la estela abierta por la obra de John Rawls quien, como sabemos, ha marcado en las últimas décadas la agenda de los especialistas en filosofía política y filosofía moral. Como Rawls, también Dworkin elabora una teoría que se distancia netamente del utilitarismo, de posiciones ultraliberales (“libertarias” al estilo de Nozick) y también del neoconservadurismo. Con todo, la versión dworkiniana del liberalismo difiere de Rawls, por lo pronto, en que su contenido no consiste propiamente en un conjunto definido de principios de justicia sino más bien en una *interpretación* del valor de la justicia (y de otros valores conexos), de la que puedan extraerse indicaciones para la justificación de normas e instituciones y argumentos para la crítica²⁵.

²⁵ Por lo demás, no es sólo que entre los principios de justicia propuestos por Rawls y la concepción de la “igualdad liberal” articulada por Dworkin existan, por encima de concordancias de fondo, diferencias apreciables. Más

La reflexión del autor parte de una indagación sobre el significado del principio abstracto de “igualdad de consideración y respeto”, que exige a los gobiernos tratar a las personas no por igual sino *como iguales*. Dworkin presenta su teoría de la *igualdad liberal* precisamente como una interpretación (liberal) de ese principio, que considera ampliamente aceptado y que desde muy pronto introdujo, casi como un axioma de su propia teoría. La igualdad liberal trata de organizar en un esquema teórico coherente exigencias de igualdad, libertad y eficiencia, manteniendo la congruencia con los presupuestos básicos de un Estado constitucional democrático.²⁶

Las ideas más relevantes asociadas a este programa son: (i) una interpretación de la idea de igualdad distributiva en términos de “igualdad de recursos”, que, entre otras cosas, permite mostrar de un modo nuevo en qué sentido las consideraciones de eficiencia tienen un lugar en una teoría de la justicia, (ii) una interpretación de la libertad como condición de la igualdad, más que como un ideal en competencia con la igualdad, y (iii) el desarrollo de una concepción “comunal” de la idea de democracia, contraria a la interpretación “mayoritarista” más extendida, y que tiene el interés de disipar el pretendido conflicto entre democracia y constitucionalismo, integrando sin dificultad en la idea misma de democracia la garantía de los derechos fundamentales y los mecanismos de control del poder legislativo.

1. Como teoría de la justicia *distributiva*, la teoría de Dworkin es una teoría profundamente igualitarista; pero hay que entender bien en qué sentido lo es. Por un lado, no busca hacer iguales a las personas en el bienestar, sino más bien en los *recursos* de que disponen para

importante es que Dworkin impugna de forma muy resuelta la estrategia de fundamentación *política* seguida por Rawls, y busca en cambio una estrategia de fundamentación de carácter *ético*. Como veremos, frente al “liberalismo *político*” de Rawls, que quiere presentarse como una teoría independiente respecto de doctrinas morales, religiosas o filosóficas comprensivas, Dworkin, obedeciendo a un impulso declaradamente holista, avanza hacia la formulación de un “liberalismo *ético*”, basado en una concepción sobre la vida buena. Volveré en el apartado siguiente sobre este punto.

²⁶ Cfr. DWORKIN, 2000: capítulos 1 a 5; también ampliando la discusión hacia la justificación del estado constitucional cfr. DWORKIN, 1990; 1995; 1996a; 1997d; y 1998.

perseguir sus intereses y satisfacer sus necesidades –y, por cierto, busca la igualdad no en la cuota *final* sino más bien en la cuota *inicial* de recursos–. Por otro lado, quiere ser sensible tanto a la exigencia de compensar a las personas por los accidentes naturales y sociales de los que no son responsables, como a la responsabilidad de cada uno en relación con los efectos distributivos de sus decisiones, de sus ambiciones y del estilo de vida que desean llevar. En este sentido Dworkin distingue entre la “personalidad” de la gente y sus “circunstancias”, y propone igualar a las personas (en términos de recursos) en aquellas circunstancias que no hayan sido resultado de sus libres elecciones. Con el fin de dar contenido a la idea de igualdad de recursos en estas condiciones, el autor recurre a dos dispositivos teóricos: por un lado, hace uso de la idea de una subasta rawlsiana de recursos para medir la igualdad de recursos en términos de una igualdad en los costes de oportunidad; y por otro, se sirve de ciertos mercados hipotéticos de seguros para idear la medida de la compensación que se debe a las personas desfavorecidas por los efectos negativos (inmerecidos) del azar social y la lotería natural. Es indudable que se trata aquí de recursos teóricos no sólo muy abstracto sino también altamente especulativo. Sin embargo, con ayuda de ellos, Dworkin ofrece una interpretación del ideal de la igualdad que permite comprender el lugar que tienen las consideraciones de eficiencia en un programa igualitarista.

2. La forma como Dworkin articula la teoría de la igualdad de recursos ofrece además una forma muy interesante de abordar el problema virulento de las relaciones entre *libertad* e igualdad. En lugar de considerar las libertades como un recurso más, que hubiera que distribuir junto con otros recursos (como la renta y la riqueza), según el valor que las personas le asignen, Dworkin las introduce entre las condiciones que hacen posible un reparto de recursos igualitario con arreglo a los “verdaderos” costes de oportunidad. Esta estrategia hace que el “reparto” de las libertades no dependa de los intereses contingentes que puedan tener las personas por la libertad en relación con otros valores sociales, y hace posible una defensa de la prioridad de la libertad que no necesita apoyarse en presunciones o generalizaciones más o menos especulativas

sobre las preferencias de los individuos. Además, permite tratar a la libertad no como un ideal en competencia con el ideal de la igualdad, como si entre ellos hubiera que buscar alguna solución de compromiso, sino más bien como una condición de la igualdad. En la tesis de que el rasgo distintivo del liberalismo no ha de buscarse en una forma determinada de resolver el supuesto *conflicto* entre las exigencias de la libertad y las de la igualdad, sino más bien en una forma determinada de *integrar* el ideal de la libertad en el de la igualdad se encuentra, en mi opinión, una de las aportaciones más interesantes de Dworkin a la aclaración del ideario político del liberalismo.

3. Dworkin interpreta, pues, la justicia distributiva en términos de igualdad de recursos; enfrentándose a una visión muy extendida, se niega en cambio a interpretar la democracia en términos de igualdad de poder. A estos efectos, desarrolla una argumentación muy minuciosa para mostrar que la identificación de la democracia con la igualdad de poder es errónea. Una vez disuelta la ecuación que a menudo se establece entre democracia e igualdad de poder, Dworkin tiene vía libre para desarrollar lo que él denomina una *partnership conception* de la democracia, ligada a una concepción del pueblo entendido como una colectividad (un “nosotros”) a la que es posible referirse no meramente en términos “estadísticos”, sino más bien en términos “comunales”. Esta concepción de la democracia, que él enfrenta a la concepción mayoritarista más corriente, le pone en condiciones de articular una respuesta plausible a algunos problemas que han sido fuente de algunas de las controversias más enconadas en la teoría del Estado constitucional. En primer lugar, le permite mostrar que las limitaciones constitucionales, *verbigracia* las formuladas en términos de derechos fundamentales, lejos de ser un límite a la soberanía del pueblo, forman parte de las condiciones de posibilidad de la existencia del pueblo mismo como unidad soberana, y por eso, lejos de significar un compromiso con la idea de democracia hacen posible la democracia misma como gobierno del pueblo. En segundo lugar, le permite justificar el control jurisdiccional del poder legislativo apelando, no a la conveniencia de controlar los posibles errores o

abusos del pueblo soberano, sino apelando más bien a la soberanía del pueblo mismo, que se concibe como una unidad de acción gobernada por principios. En este sentido, si la teoría del derecho como integridad permitía explicar la superioridad del constitucionalismo frente al legalismo, la teoría de la igualdad liberal permite justificar una interpretación constitucionalista de la democracia.

Uno de los aspectos del pensamiento político de Dworkin más interesantes en la coyuntura filosófico-política actual, dominada en parte por las discusiones entre comunitaristas y liberales, es su insistencia en que sólo bajo el gobierno de los ideales liberales es posible una verdadera comunidad. De modo que el ideal liberal de la tolerancia, que requiere respetar las formas de vida heterodoxas siempre que no contravengan exigencias de justicia, no sólo no representa una amenaza sino que más bien es condición necesaria para que puedan desarrollarse debidamente los vínculos de identificación colectiva característicos de una verdadera comunidad. La idea de una “comunidad liberal” da ahora contenido substantivo a la idea puramente formal de una “comunidad de principio”, que Dworkin había explorado en *Law's Empire* al hilo de su teoría del derecho como integridad.

4. EL “INDIVIDUALISMO ÉTICO” O EL LIBERALISMO COMO DOCTRINA ÉTICA

Pasando por alto diferencias menores, la concepción de la igualdad liberal emparenta a su autor con el pensamiento filosófico-político de Rawls, el mayor representante del liberalismo en nuestros días. Sin embargo, esta afirmación ha de formularse con cierta cautela. Aunque no hay duda de que en la explicitación del contenido del ideario liberal Dworkin sigue la huella dejada por Rawls, se distancia de éste de forma abierta y polémica en lo que se refiere a su estrategia de *fundamentación*. Frente al liberalismo *político* de Rawls, que aspira a presentarse como una teoría independiente de doctrinas morales, religiosas o filosóficas comprensivas, Dworkin propone la formulación de un liberalismo *ético* basado en una concepción de la vida buena. En este sentido, Rawls y Dworkin responden de forma diferente al desafío combinado del comunitarismo y el pluralismo.

Rawls quiere hacer del liberalismo el foco de atracción de un consenso por solapamiento entre personas que sustentan concepciones comprensivas diferentes, y para ello presenta los principios liberales como principios políticos independientes.

Dworkin, en cambio, quiere atraer adeptos al liberalismo (adquirir *popularity*) mostrando que descansa en una visión ética estimulante y atractiva de la vida²⁷. En buena medida, el “giro ético” que ha experimentado la teoría de Dworkin en los últimos años obedece a su deseo de salir al paso de ciertas críticas recurrentes dirigidas contra el liberalismo, últimamente desde las filas del comunitarismo, sobre la supuesta indiferencia de esa tradición política frente a los problemas relativos al bienestar y la vida buena. En este contexto se inscribe la polémica de Dworkin con Rawls que ha contribuido a enriquecer el debate dentro de las propias filas del liberalismo. Pero sería un error pensar que esta preocupación responde a un interés meramente coyuntural y exógeno. Últimamente, Dworkin parece estar embarcado en la tarea de articular una teoría de la argumentación moral ligada a una teoría sobre la fundamentación de los juicios de valor, que localiza los fundamentos últimos de una concepción moral (o política) en su contribución al logro de una vida satisfactoria —empleando la expresión de la ética antigua, una “vida buena”—.

Dejando a un lado las motivaciones, la teoría ética que Dworkin sitúa como trasfondo y fundamento del liberalismo, es una teoría muy abstracta²⁸ que se articula en torno a dos piezas teóricas. *Por*

²⁷ Cfr. DWORKIN, 1999; también DWORKIN, 2000, pp. 113 y ss.

²⁸ En rigor, “abstracción” y “discriminación” son requisitos formales que Dworkin considera necesarios para que una teoría ética pueda ser “popular”. En efecto, si mediante el principio de la tolerancia el liberalismo justifica un deber de abstención o de no injerencia de los poderes públicos frente a concepciones diferentes del bien, entonces la ética que le sirva de fundamento no podrá consistir en una doctrina demasiado concreta sobre cómo debemos vivir, que podría resultar controvertida en la comunidad política a la que se dirige. Utilizando una expresión del propio Dworkin, tenemos que remontarnos “aguas arriba” de lo que nos divide, buscando una teoría ética que pueda encontrar amplio asentimiento. Pero al mismo tiempo, como el objetivo es construir una ética *liberal*, es decir, una ética que *congenie* con los principios políticos del *liberalismo*, tiene que tener un contenido subs-

una parte, están los dos principios del “individualismo ético” (*ethical individualism*), el principio de “igual importancia” (*equal value*) y el principio de “especial responsabilidad” (*special responsibility*). Con ellos intenta responder a dos conjuntos de cuestiones centrales de toda teoría ética. En primer lugar cuestiones relativas a la “fuente” (*source*) del valor ético de una vida –*verbigracia* por qué deberíamos estar preocupados por cómo vivamos; si existe alguna diferencia entre vivir bien y disfrutar simplemente con la vida que se ha elegido vivir; de existir esa diferencia, si es más importante aquello (que la gente viva bien) que esto (que la gente se divierta con la vida que lleva); si esto es importante solo para la persona que vive esa vida o es independiente de lo que la persona opina al respecto; si es más importante que algunas personas lleven una vida buena o es igual de importante que todas lleven una vida valiosa, etc.–.

En segundo lugar, tenemos cuestiones sobre la imputación de la “responsabilidad” por el éxito o el fracaso de una vida –*verbigracia* quién es el responsable de que una vida se desarrolle con éxito; si es necesario establecer algún tipo de agencia que supervise la bondad de las vidas que la gente lleva; si es lícito que un Estado induzca, e incluso llegue a forzar, a sus ciudadanos a que asuman determinados estilos de vida que se consideran particularmente valiosos, etc.–. En respuesta al primer grupo de cuestiones, Dworkin propone el primer principio del individualismo ético, el “principio de igual importancia”, según el cual una vez que ha comenzado una vida es importante desde un punto de vista objetivo que no se eche a perder, y que eso es igualmente verdadero respecto de cualquier otra vida humana. Al segundo grupo de interrogantes, el segundo principio del individualismo ético establece con carácter general que sobre cada persona pesa una responsabilidad especial y personalísima de hacer de su vida una vida valiosa. Junto a los principios del individualismo ético Dworkin propone lo que él mismo denomina el “modelo del desafío” como “métrica” del valor ético de una vida. De acuerdo con sus indicaciones, el valor ético de una vida se mide no por sus resultados, por el impacto que tiene en

tantivo distintivo. Tenemos que encontrar, pues, principios que no sean tan abstractos como para ser inútiles, ni tan robustos como para no poder ganar popularidad.

el mundo, sino por la destreza con que se acomete la tarea que uno mismo se ha impuesto sobre cómo vivir.

Una vez establecidas las líneas fundamentales de esa concepción ética²⁹, el autor sostiene, de forma bastante persuasiva, que su concepción de la igualdad liberal, si no se deriva en sentido estricto de esa concepción ética, sí es al menos fuertemente consonante con ella. En este sentido es indudable que los dos principios del individualismo ético, en los que Dworkin ve los “principios ancestrales” del liberalismo, guardan cierta relación de consonancia con la concepción de la igualdad liberal. El “principio de igual importancia” se encuentra en la base del fuerte igualitarismo que impregna la interpretación dworkiniana de la igualdad liberal, entendida precisamente como igualdad de recursos. El “principio de igual responsabilidad”, por su parte, no sólo respalda la idea de libertad, sino que justifica la forma como Dworkin hace uso de la distinción entre “personalidad” y “circunstancia” dentro de la teoría de la igualdad de recursos para diseñar la subasta de los recursos y para afrontar el problema de los gustos caros. Por su parte, en el “modelo del desafío” el valor ético de una vida se mide no por sus resultados sino por la destreza con que uno desempeña una tarea autodefinida y autoimpuesta.

La forma como Dworkin articula el modelo le permite dar cuenta de algunos aspectos de la teoría de la igualdad liberal y subrayar la significación de algunas consecuencias ligadas a ella: *verbigracia* explica que mida la igualdad en términos de recursos y no de bienestar; que las consideraciones de eficiencia no puedan contar como consideraciones independientes en competencia con las exigencias de la igualdad, sino sólo en la medida en que la eficiencia forme parte de las consecuencias derivadas de instrumentar la igualdad de recursos; que exijamos al gobierno igual solicitud a pesar de que nosotros consideramos que es moralmente aceptable que mostremos parcialidad en nuestra vida privada.

Particularmente interesante es que la forma como Dworkin diseña el modelo del desafío permite presentar a la justicia no como una limitación, sino más bien una condición del éxito de una vida.

²⁹ Cfr. DWORKIN, 1997b y c; también DWORKIN, 2000, capítulo 6.

II

El pensamiento de Dworkin obedece a un proyecto muy ambicioso que desafía las delimitaciones disciplinares convencionales. Como he pretendido mostrar, su teoría del derecho (*derecho como integridad*) remite más allá de ella misma hacia el terreno de una teoría de la justicia o de la moralidad política (*igualdad liberal*), la cual por su parte busca sus fundamentos en una teoría ética (*individualismo ético*) como doctrina de la vida buena.

Me gustaría en este momento aclarar cómo se produce la conexión entre estas tres disciplinas y cómo debemos entender dicha conexión. A mi juicio, el punto de conexión entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética se encuentra en una teoría holista y coherentista sobre la naturaleza interpretativa de los conceptos y valores morales y políticos, teoría que se apoya por lo demás en una actitud realista –o cognitivista, si es que se prefiere una expresión más al uso– sobre la justificación de los juicios normativos y de valor³⁰.

Al presentar la teoría del derecho como integridad, he señalado que su tesis central es que el concepto de derecho es un concepto *interpretativo*. En realidad, Dworkin se encarga de advertir que la actividad interpretativa es una actividad ubicua en nuestras vidas: interpretamos en contextos muy diversos y desarrollamos clases muy diferentes de interpretación. Más en concreto, el autor señala que la interpretación del derecho es un caso de interpretación de una *práctica social* que, a su vez, pertenece a una clase más general de interpretación, la interpretación *creativa* o *constructiva*. Siguiendo a Dworkin, si una interpretación es por naturaleza el relato de una “intención”³¹, en los

³⁰ Debo advertir que la teoría de Dworkin sobre la argumentación moral y la fundamentación de los juicios de valor se encuentra todavía en curso de elaboración, de modo que mi exposición en este punto resultará necesariamente fragmentaria y tentatoria.

³¹ La relación del intérprete con el objeto que se interpreta supone la asunción por parte de aquél de lo que Dworkin denomina una “actitud interpretativa”. La existencia de una actitud tal requiere la presencia de dos elementos. El primero consiste en suponer que la práctica en cuestión, además de existir, tiene un valor o *point*, es decir, que sirve a algún interés o propósito, o hace cumplir algún principio. El segundo consiste en suponer que el contenido de la

casos de interpretación de prácticas sociales, antes que descubrir la intención de alguien –pongamos por caso, el autor de la práctica–, el intérprete atribuye una “intención” –esto es, un significado o sentido– a la práctica de que se trate, con el fin de mostrarla en su mejor perspectiva, dentro de la forma o el género al que se supone que pertenece. Si el derecho es una práctica social que requiere interpretación, entonces, cuando los jueces discuten a propósito de qué es lo que exige el derecho vigente, sus discrepancias se deben en último término a que mantienen interpretaciones diferentes a propósito del *sentido* o *significado* de la práctica en que consiste el derecho.

práctica, es decir, aquello que la práctica estipula, no se agota necesariamente en aquello que hasta el momento se ha venido considerando que forma parte de ella, sino que resulta *sensible* a su sentido o valor, de modo que ese *point* es decisivo a la hora no sólo de aplicar las reglas de la práctica sino incluso para determinar cuáles son esas reglas. Es decir, según la tesis de Dworkin, la actitud interpretativa supone que la práctica que se interpreta sirve a unos objetivos que vienen dados por unos principios o valores y que tienen primacía sobre determinadas reglas pertenecientes a la práctica. Por otra parte, la actitud interpretativa se asienta sobre un cierto consenso de fondo existente en una comunidad, sin el cual el proceso mismo de interpretación sería imposible; y quien la adopta aspira también a dar con una interpretación susceptible de ser ampliamente aceptada. Pero no garantiza el consenso. Para entender de qué modo y en qué medida la interpretación requiere consenso, y de qué forma está abierta al desacuerdo, Dworkin introduce tres distinciones, que revelan aspectos centrales de la estructura interna del proceso interpretativo. Para empezar, el proceso de interpretación de una práctica, con vistas a determinar las exigencias que derivan de ella, es un proceso complejo en el que pueden distinguirse tres *etapas* (*stages*): una etapa preinterpretativa, la etapa interpretativa y una etapa postinterpretativa. A medida que se va pasando de una etapa a otra se debilita la fuerza del consenso interpretativo. Ligada hasta cierto punto a la distinción entre etapas interpretativas, Dworkin introduce una nueva distinción, esta vez entre el *concepto* de una práctica, que es una noción más amplia e incontrovertida, y la *concepción* de esa misma práctica, que es una “subinterpretación de una idea más abstracta”.

Finalmente, en toda interpretación se hace uso de *paradigmas* como elementos de contraste. Paradigmas son ciertos casos que en una comunidad se consideran como casos claros de la práctica que se interpreta. El uso de paradigmas introduce un elemento importante de control en el proceso de interpretación “sujetando” las posibles interpretaciones que se hagan de la práctica concreta para que no resulten una pura y simple invención. Cfr. DWORKIN, 1986, pp. 45-73.

Como sabemos ya, para Dworkin la integridad representa el significado o intención suprema del derecho, entendido como una práctica social específica. En este sentido, la praxis jurídica –mayormente, la praxis de los tribunales– no sólo se encuentra presidida por este valor sino que es el que la guía u orienta. De modo más concreto, “tratar los casos iguales de manera igual” implica una apertura de la tarea judicial a la filosofía política: la integridad, decíamos, exige a los jueces actuar sobre la base de un conjunto coherente de principios –aquéllos que se considera que subyacen al material jurídico vigente, en el sentido de que lo explican y justifican de la mejor forma posible– que, juntos, dan forma a una filosofía política determinada.

Ahora bien, no sólo el derecho, también los distintos conceptos morales y políticos que conforman una filosofía política determinada son conceptos interpretativos, no conceptos semánticos³². La tesis de Dworkin, que ya conocemos, acerca de la naturaleza interpretativa del concepto de “derecho” ha de hacerse pues extensiva a todos los conceptos morales y políticos. En este sentido, las discusiones sobre el contenido de esos conceptos no pueden zanjarse mediante criterios lingüísticos, sino que han de substanciarse en procesos de interpretación constructiva, en los que se entrometen necesariamente juicios de valor. Las diversas concepciones interpretativas morales y políticas a propósito de la igualdad, la libertad, la democracia etc. son precisamente interpretaciones de esos conceptos: responden al intento de explicitar lo que hay de “bueno”, de valioso, en los ideales representados por esos conceptos, y a partir de ahí identificar las exigencias que implican.

Ahora bien, Dworkin concibe la tarea de fundamentar una concepción filosófico-política determinada como una labor muy ambiciosa que exige avanzar en un proceso de interpretación *expansiva*. Aunque sería un error interpretar dicho proceso como un procedimiento estrictamente secuencial, en aras de una mayor claridad expositiva puede describirse como un proceso que se desarrolla en tres fases de progresiva complejidad.

³² Para una caracterización de la “moralidad política” como una práctica interpretativa, cfr. DWORKIN, 2002.

La *primera* fase busca ofrecer una concepción interpretativa que dé contenido substantivo al concepto moral o político de que se trate, alcanzando lo que Dworkin denomina “equilibrio reflexivo” dentro de “los límites de sentido” del concepto en cuestión. En este sentido, consideraremos una determinada concepción moral (o política) como correcta o aceptable si guarda la *debida* correlación con nuestras convicciones (morales o políticas) más *arraigadas*. Intencionadamente las expresiones “debida” y “arraigadas” aparecen en cursiva para llamar la atención sobre dos puntos: primero, que *el tipo* o *la clase* de coherencia requerida no es una relación de concordancia cualquiera sino que ha de darse dentro de lo que primero Rawls y ahora Dworkin denominan un “equilibrio reflexivo”; y segundo, que *los términos* entre los que debe materializarse esa condición particular de coherencia son *no* las concepciones morales o principios y *cualesquiera* juicios de moralidad ordinarios, sino los principios y una clase *especial* de juicios morales, aquéllos que Rawls denominó “juicios considerados”.

La expresión “coherencia en equilibrio reflexivo” sirve para designar la situación a la que se llegaría al final de un proceso dinámico en el que nuestras concepciones morales/principios y nuestros juicios morales se han visto sometidos a operaciones de ajuste y corrección mutua. Mientras se va construyendo la teoría, cualquiera de estos elementos puede verse alterado. Como no se puede poner todo en cuestión al mismo tiempo, empezamos con ciertos juicios considerados, ciertas convicciones particularmente arraigadas que tomamos como *fixed points*, en expresión de Rawls. Pero ni siquiera ellas están sustraídas a la posibilidad de ser revisadas en el curso del proceso. Sólo al final se alcanzaría por así decirlo el punto de coherencia general en cuya virtud cada uno de esos elementos pasa a quedar explicado y justificado en función de su correspondencia con los otros. En la *segunda* fase, el proceso, en los términos en que ha sido descrito, se expande más allá de los “límites de sentido del concepto” en cuestión, incorporando todos los valores morales/políticos –en suma, las distintas concepciones interpretativas de los diferentes conceptos–, en busca de una concepción política más integrada, que suministre coherencia en equilibrio reflexivo a nuestra explicación global de todos ellos. Este segundo paso se apoya en el presupuesto de que entre las diversas

concepciones ha de existir apoyo mutuo antes que conflicto. Ahora bien, este presupuesto dista mucho de ser obvio. En este punto Dworkin se enfrenta críticamente al pluralismo valorativo formulado por Isaiah Berlin, en el sentido de la inevitabilidad de un conflicto entre valores, particularmente entre la igualdad y la libertad³³. Frente a esta propuesta, Dworkin insiste en la necesidad de buscar integridad en nuestros ideales y valores políticos, tesis por lo demás que vendría refrendada en la exigencia de integridad a que, según el autor, está sujeto el derecho. En este punto, la teoría del derecho como integridad contribuye a iluminar un aspecto polémico de la teoría política liberal.

El *tercer* paso expande el proceso del equilibrio reflexivo más allá del área de los conceptos político-morales, hacia una concepción global de la vida buena: una concepción filosófico-política es aceptable en la medida en que su aplicación sistemática favorece una forma de vida valiosa. De este modo la fundamentación de juicios y principios morales es, en último término, *ética*.

Debo advertir que este último movimiento viene propiciado en Dworkin por una consideración sobre la naturaleza de los valores políticos y morales. En concreto, el autor sostiene que, a diferencia de algunos otros valores (como, por ejemplo, el valor de los descubrimientos científicos o de las obras de arte), los valores morales y políticos no son valores “independientes” sino valores “derivados”; no tienen una relación “incorporativa” con los valores éticos, sino más bien una relación “interactiva”: valen sólo por su contribución a una vida buena, en la medida en que contribuyen a hacer valiosa la vida humana. Eso significa que los conceptos morales y políticos no pueden ser interpretados sino como *componentes* o *ingredientes* fundamentales de un plan de vida que se pretende desarrollar y consumir con éxito. En este sentido, los valores morales y políticos tienen en último término un fundamento *ético*³⁴.

Recapitulando, frente a la concepción piramidal que corrientemente se asocia a la idea de fundamentación, en la que enunciados

³³ Cfr. DWORKIN, 2001a y d.

³⁴ Cfr. DWORKIN, 1993, pp. 16 ss; DWORKIN, 1997b, pp. 15 y ss.; DWORKIN, 2001b, pp. 22 y ss.; DWORKIN, 2001c, pp. 11 y ss.

de distinto nivel se fundamentan unos a otros siguiendo un esquema jerárquico unidireccional, el procedimiento en el que Dworkin viene trabajando en los últimos años es un procedimiento holista y coherentista que concibe la fundamentación como un proceso en el que se busca el apoyo recíproco de todos los elementos dentro de una trama de fundamentación en la que todos han de responder por todos. Expresándolo con palabras del autor, las interpretaciones de los distintos valores han de sostenerse unas a otras análogamente a cómo se comportan las piezas de una cúpula geodésica³⁵.

Certificada la conexión entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética, la pregunta es si resulta posible seguir contemplando estas disciplinas como independientes, o si, por el contrario, la concepción de Dworkin no conduce a una confusión entre ellas. En mi opinión, la propuesta de Dworkin apunta en la dirección correcta al reclamar un tratamiento más de conjunto de estas tres disciplinas *sin* que eso signifique en modo alguno indiferenciación.

³⁵ Cfr. DWORKIN, 2001b, p. 13. Como he indicado más arriba, la tesis dworkiniana de que el derecho es una práctica interpretativa, junto con la caracterización que ofrece el autor del proceso de fundamentar juicios morales y políticos como un procedimiento coherentista y holista, presuponen una teoría más general sobre la justificación de los juicios normativos y de valor que Dworkin, recientemente, ha catalogado como una forma de “realismo interno”. Si no interpreto erróneamente, podemos entender esta caracterización, por contraste, del siguiente modo: al proclamarse *realista*, su concepción quiere distanciarse de forma decidida de cualquier postura *escéptica* en relación con la posibilidad de justificar nuestros juicios morales –mejor aún, nuestros juicios interpretativos–, mientras que al añadir el adjetivo de *interno* subraya las diferencias con las posiciones –tanto escépticas como realistas u objetivistas– *externas*, o como le gusta decir últimamente *arquimédicas*, que interpretan la cuestión de si los juicios morales son o no justificables en el sentido de si existe o no una base independiente que pueda alegarse como fundamento externo. Resumiendo, para Dworkin resulta posible defender la verdad y objetividad de nuestros juicios interpretativos sin tener que presuponer para ello la existencia de un fundamento último independiente. Frente a lo que él cataloga como “posiciones arquimédicas”, Dworkin insiste en que los fundamentos de los juicios de valor son *internos* a la práctica misma de formular juicios normativos o juicios de valor. Cfr. DWORKIN, 1986, pp. 76 y ss.; DWORKIN, 1996b; DWORKIN, 2001b y c.

Es verdad que la teoría dworkiniana del derecho remite a la teoría de la justicia en la medida en que sostiene que la práctica misma de interpretación y aplicación del derecho presupone que, además de las reglas creadas deliberadamente por el aparato institucional del Estado, el derecho contiene necesariamente principios de moralidad política que prestan al material jurídico una pretensión de justificación moral. Sin embargo, la teoría del derecho no se confunde con la teoría de la justicia, fundamentalmente por dos razones. *La primera* es que la teoría del derecho como integridad se abstiene de substanciar esa pretensión de justificación: la teoría de la justicia ha de elaborarse haciendo abstracción de las restricciones institucionales bajo las que opera el proceso de interpretación del derecho con vistas a su aplicación, e incluso de la dependencia respecto de una determinada tradición jurídica³⁶. *La segunda razón* es que la consideración del concepto de derecho como un concepto *interpretativo*, no semántico, impide establecer una conexión “clasificatoria” entre derecho y moral que haga de la justicia una propiedad definitoria del derecho al modo como ocurría en algunas versiones del iusnaturalismo.

También es verdad que la teoría dworkiniana de la justicia remite fuera de sí hacia la teoría ética, en la medida en que su autor rechaza la posibilidad de fundamentarla en conceptos o ideales puramente políticos (como una *freestanding view*, al modo de Rawls) y, en cambio, busca sus fundamentos en principios éticos y concepciones sobre la vida buena. Con todo, la teoría de la justicia tampoco se confunde con la teoría ética en la medida en que entre ambas no existe una relación de estricta derivación, que haga de los principios (morales) de la justicia meras deducciones a partir de los principios (éticos) de la vida buena³⁷.

III

Para concluir este repaso apretado por la obra dworkiniana voy a considerar una objeción recurrente entre sus críticos; me refiero al riesgo de particularismo que parece acompañar a su propuesta.

³⁶ *Supra*, pp. 354-355.

³⁷ *Ibidem*.

Como he tratado de demostrar, en el caso de Dworkin estamos ante un autor cuyo pensamiento alberga fuertes deseos holistas y de continuidad. El paso desde la teoría del derecho a la teoría política y desde ésta a la teoría ética³⁸ arranca de una caracterización del derecho y de lo que Dworkin llama la “moralidad política” como prácticas o conceptos interpretativos. Ahora bien, en la medida en que se acepte que la interpretación y la argumentación ocupan un lugar central en las prácticas jurídicas y morales, la descripción y explicación de lo que ocurre en el derecho y en la moralidad política –o a través del derecho y de la moralidad política– no son posibles sin una comprensión de la conducta de quienes intervienen en ellas. En otras palabras, la comprensión del derecho y de la moralidad política como prácticas sociales que necesitan ser interpretadas, y por cierto interpretadas constructivamente, presupone el primado del punto de vista interno o del participante. Así las cosas, la adopción de una perspectiva de este género, ¿no frenaría cualquier intento de elaborar una teoría *general* del derecho válida para todo sistema jurídico? Peor aún, si la filosofía jurídica de Dworkin remite fuera de sí hacia una filosofía política de signo liberal, la cual, por su parte, se fundamenta en una determinada concepción ética, ¿no habría que catalogar su propuesta de *particular* –cortada por así decirlo a la medida de las sociedades liberales angloamericanas–, y lo que es más preocupante, no como una proposición *descriptiva* sino como una propuesta destinada a servir como discurso *justificatorio* de dichas sociedades?

Para contestar a estas objeciones voy a diferenciar dos aspectos. En primer lugar haré una consideración sobre cuál es la verdadera naturaleza de la teoría jurídica de Dworkin, para pasar después a valorar en qué medida el compromiso del autor con el pensamiento “liberal”³⁹ afecta a la pretensión de generalidad de la teoría del derecho como integridad.

³⁸ *Ibidem.*, pp. 364-365.

³⁹ En realidad, tal como lo presenta Dworkin, el proceso de fundamentación de una concepción filosófico-política coordina dos movimientos complementarios: por un lado, tenemos un movimiento de abajo arriba, desde nuestras intuiciones políticas más localizadas hacia los principios éticos más generales y abstractos, en una espiral expansiva; por otro lado, tenemos un movimiento de arriba abajo, desde los principios éticos más generales y abstractos hasta

Conviene empezar admitiendo que los comentaristas de Dworkin no cometen ningún error cuando señalan que desde el punto de vista interno y con fines justificatorios, sólo es posible construir y desarrollar teorías *particulares* del derecho.

Por emplear una analogía, igual que la práctica de la crítica literaria, que es otra forma de interpretación, tiene naturalmente por objeto la interpretación de *determinados* textos literarios –por ejemplo, un determinado poema de Yeats–, no se falta tampoco a la verdad si se afirma que la teoría del derecho que construye un juez para resolver un caso, o la de, pongamos por caso, un especialista en derecho civil, tiene naturalmente por objeto la interpretación de un *determinado* sistema jurídico, por lo general aquél al que pertenece su intérprete. Ahora bien, siendo esto correcto, ello no está reñido con la posibilidad de construir una teoría jurídica que tenga por objeto explicar y justificar el modo como se elaboran *en general* teorías particulares desde el punto de vista de sus participantes.

Dworkin defiende la tesis de que los jueces, al resolver sus casos, han de sacar a flote los principios implícitos en su sistema y elaborarlos en una teoría que permita reconstruir el sistema con vistas a su aplicación; en este sentido, la teoría que construye al efecto es necesariamente particular. Sin embargo, la idea misma del derecho como integridad que está detrás no tiene por qué serlo: las tesis básicas implícitas en esta idea son tesis que, independientemente de si son verdaderas o falsas, ostentan una pretensión de validez universal.

Por lo demás, una teoría así no podría ser calificada de descriptiva pero tampoco de prescriptiva; es más bien una teoría de carácter reconstructivo, que pretende *reconstruir* aquello que hace una comunidad política *en general* cuando pretende dar una explicación y justificación adecuadas de lo que son sus prácticas jurídicas.

nuestras concepciones políticas y nuestros juicios más concretos. Expresándolo con cierta imprecisión, podríamos decir que en el primer movimiento el proceso de fundamentación adquiere los relieves de un proceso *interpretativo* de explicitación, mientras que el segundo adquiere más bien la forma de un proceso *justificatorio*. Ésta es, desde luego, una forma imprecisa de hablar porque, como sabemos, en Dworkin no es posible entender justificación e interpretación como procesos sustancialmente diferentes.

Pasando al segundo aspecto del problema, no hay duda de que algunas de las tesis más sobresalientes ligadas a su teoría del derecho son coherentes con una concepción política liberal sobre el papel del derecho –pensemos, por ejemplo, en la tesis sobre el lugar de los principios en el derecho–; más aún, parece claro que la teoría del derecho como integridad no sólo permite explicar satisfactoriamente algunos rasgos del sistema jurídico característicos de un estado constitucional sino que ofrece herramientas que ayudan a entender la superioridad de ese sistema frente a otros⁴⁰. Pero si la teoría tiene una pretensión de validez *general*, entonces tendría que poder ser aplicable a cualquier sistema jurídico, incluso a sistemas que se asientan sobre premisas políticas que se encuentran muy distantes de los principios del liberalismo.

Por otra parte, es verdad que Dworkin ofrece una versión *ética* del liberalismo, en la medida en que presenta los principios políticos del liberalismo como principios que hunden sus raíces en una concepción de la vida buena. Sin embargo, si no interpreto erróneamente, Dworkin confía en que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío, en los que se apoya el liberalismo ético, representan concepciones que puedan ser sustentadas por una amplia mayoría, y no sólo por quienes apoyan los principios políticos del liberalismo. En este sentido hay que interpretar el hecho de que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío sean tan abstractos, y que entre estos y los principios de la igualdad liberal exista una relación de coherencia y consonancia, no de derivación deductiva.

Para concluir, voy a referirme a una cuestión que puede afectar la valoración final que merezca la propuesta de Dworkin. Me refiero al hecho de si resulta preferible una fundamentación *política* del liberalismo al modo de Rawls o, por el contrario, una fundamentación *ética* como la defendida por Dworkin. No puedo hacer en este momento más que una brevísima indicación.

⁴⁰ Es indudable que su teoría de la justicia es inequívocamente liberal: en realidad, representa una de las aportaciones más importantes que se han hecho en los últimos tiempos a la definición y aclaración de los principios del liberalismo.

Para empezar, la descripción que hace Dworkin del enfoque rawlsiano como si impusiera discontinuidad esquizofrénica entre ética y política descansa en una simplificación. En realidad el enfoque “político” rawlsiano articula continuidad y discontinuidad: aunque los principios mismos no descansan en una concepción comprehensiva, la idea rawlsiana de un “consenso por solapamiento” implica que cada uno de los que participa en el consenso lo hace a partir de sus propias concepciones comprehensivas, que, si son “razonables”, le inducirán a aceptar los principios de la razón pública cuando se discute sobre cuestiones constitucionales básicas. En este sentido el liberalismo ético de Dworkin puede integrarse sin dificultades en el liberalismo político de Rawls. Por otra parte, hay que señalar que también en Dworkin se presenta en cierto sentido esta combinación entre continuidad y discontinuidad.

En la medida en que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío son muy abstractos, y entre ellos y la concepción de la igualdad liberal no hay una relación fuerte de derivación, admiten una cierta variedad de concreciones políticas: es verdad que los principios del individualismo ético y el modelo del desafío respaldan los principios políticos del liberalismo (que por eso puede presentarse como liberalismo ético), pero no hay por qué excluir que puedan respaldar también principios políticos que no son estrictamente liberales.

Además, el enfoque de Rawls y el de Dworkin responden a dos problemas diferentes. Rawls aspira a que los principios políticos del liberalismo puedan atraer un consenso *constitucional* en un mundo en el que se ha instalado de forma irreversible el “hecho del pluralismo”. La concepción ética del liberalismo, propuesta por Dworkin, no puede aspirar a tal cosa, si se admite que cualquier concepción comprehensiva de la vida buena –por más abstracta que sea– es inevitablemente particular. Pero Dworkin aspira, en cambio, a que los principios políticos del liberalismo aumenten su *popularidad* en competencia con otras concepciones rivales, que se disputan la adhesión en el universo cultural de una sociedad pluralista.

Que Rawls y Dworkin articulan su concepción del liberalismo en respuesta a problemas algo diferentes se refleja, en cierta medida, en el hecho de que mientras Rawls formula el contenido del liberalismo en

términos de principios, como supernormas destinadas a constituir el contenido de la “razón pública” y que, llegado el caso, podrían adquirir carta de naturaleza constitucional, Dworkin lo fórmula más bien ideando una situación idealmente justa que, como aspiración, podría orientarnos políticamente⁴¹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Dworkin, R. (1963): “Judicial Discretion”, *Journal of Philosophy*, 60.
- Dworkin, R. (1978): “Liberalism”, en HAMPSHIRE S., *Public and Private Morality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1981): *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth.
- Dworkin, R. (1982): “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, 34.
- Dworkin, R. (1985): *A Matter of Principle*, Londres: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986): *Law’s Empire*, Londres: Fontana Press.
- Dworkin, R. (1990): “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review*, 28.
- Dworkin, R. (1993): *Life’s Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Knopf.

⁴¹ La tesis de Dworkin conocida como “la lectura moral de la constitución” presenta conexiones importantes con algunos temas centrales de teoría del estado constitucional –*verbigracia*, la significación del constitucionalismo, el sentido de la idea de democracia, la justificación de la institución de la *judicial review*, etc.–. La concepción interpretativa del “derecho como integridad”, aplicada al campo del derecho constitucional, conduce a lo que Dworkin denomina “lectura moral” de la constitución. Que la interpretación *jurídica* de la constitución requiere una teoría *política* o “lectura moral” significa que, cuando un juez se enfrenta a un caso que requiere interpretar algunos contenidos del texto constitucional, en concreto alguna(s) de las disposiciones recogidas bajo la rúbrica genérica “Bill of Rights”, es inevitable incurrir en apreciaciones y juicios de valor políticos y morales. La razón para proceder de este modo es que ese conjunto de disposiciones han sido redactadas en un lenguaje deliberadamente abstracto con inequívocas connotaciones de carácter moral. La lectura moral, en consecuencia, “propone que todos nosotros –jueces, abogados y ciudadanos– interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas en base al entendimiento de que invocan principios morales de decencia y justicia políticas”. Cfr. DWORKIN, 1996a.

- Dworkin, R. (1995): “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, 3.
- Dworkin, R. (1996a): *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press
- Dworkin, R. (1996b): “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, 25.
- Dworkin, R. (1997a): “In Praise of Theory”, *Arizona State Law Journal*, 29.
- Dworkin, R. (1997b): “The Roots of Justice. Part I” (inédito).
- Dworkin, R. (1997c): “The Roots of Justice. Part II” (inédito).
- Dworkin, R. (1997d): “Reflections on Fidelity”, *Fordham Law Review*, 65.
- Dworkin, R. (1998): “The Partnership Conception of Democracy”, *California Law Review*, 86.
- Dworkin, R. (1999): “Justice for Hedgehogs” (inédito).
- Dworkin, R. (2000): *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2001a): “Do Liberal Values Conflict?”, en LILLA, M.R.
- Dworkin & Silvers (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New, New York: New York Review of Books.
- Dworkin, R. (2001b): “Internal Realism” (inédito).
- Dworkin, R. (2001c): “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy” (inédito).
- Dworkin, R. (2001d): “Do Values Conflict? A Hedgehog’s Approach”, *Arizona Law Review*, 43.
- Dworkin, R. (2002): “Interpretation, Morality and Truth” (inédito).
- Dworkin, R. (2003): “Terror & the Attack on Civil Liberties”, *New York Review of Books*, 6 de noviembre.

APÉNDICE

BIBLIOGRAFÍA DE RONALD DWORKIN

- “Judicial Discretion”, *Journal of Philosophy*, 60, 1963.
- “Wasserstrom: The Judicial Decision”, *Ethics*, 75, 1964 (Con un título distinto, “Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decision”, *Yale Law Journal*, 74, 1965).

- “Philosophy, Morality and Law. Observations prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1965.
- “The Elusive Morality of Law”, *Vanderbilt Law Review*, 10, 1965 (Una versión más abreviada en “Philosophy, Morality and Law. Observations prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1965).
- “Lord Devlin and the Enforcement of Morals”, *Yale Law Journal*, 75, 1966 (También en WASSERSTROM, R., *Morality and the Law*, Belmont: Wadsworth, 1971. Con un título distinto, “Liberty and Moralism”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 10).
- “The Case for Law. A Critique”, *Valparaíso Law Review*, 1, 1967.
- “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, 35, 1967 [Con un título distinto “Is Law a System of Rules?” en SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Blackwell, 1968. Con el mismo título en *Law, Reason, and Justice: Essays in Legal Philosophy*, New York: New York University Press, 1969. Con un título distinto “The Model of Rules I” en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 2. También en DWORKIN (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1977; y en *Jurisprudence*, New York: Garland Publ., 1994].
- “There Oughta Be a Law”, *New York Review of Books*, 14 de marzo de 1968.
- “On Not Prosecuting Civil Disobedience”, *New York Review of Books*, 6 de junio de 1968 (Con un título distinto “Civil Disobedience” en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 8. También en *Civil Disobedience*, Lanham MD: University Press of America, 1989).
- “Morality and the Law”, *New York Review of Books*, 22 de mayo de 1969 (Con un título distinto, “Jurisprudence”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 1).
- “Taking Rights Seriously”, *New York Review of Books*, 17 de diciembre de 1970 [También en *Is Law Dead?*, New York: Simon & Schuster, 1971; y en SIMPSON, A. W. B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1973; y en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 7; y en *The Philosophy of Human Rights*, Belmont (Cal.): Wadsworth, 1989].
- “What Is the Rule of Law?”, *The Role and Rule(s) of Law in Contemporary America*, Ohio: Antioch Press, 1970.
- “Rights and Interests”, *New York Review of Books*, 11 de marzo de 1971.
- “Philosophy and the Critic of law”, *The Rule of Law*, New York: Simon & Schuster, 1971.

- “The Jurisprudence of Richard Nixon”, *New York Review of Books*, 4 de mayo de 1972 (Con un título distinto, “Constitutional Cases”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 5).
- “Americans at Table”, *The Times*, 23 de mayo de 1972.
- “Safeguards in Court”, *The Times*, 3 de julio de 1972.
- “Social Rules and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, 81, 1972 (Con un título distinto, “The Model of Rules II”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 3).
- “Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment”, *Indiana Law Journal*, 48, 1972.
- “Justice and Rights”, *University of Chicago Law Review*, 1973 (También en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 6).
- “Did Mill Go Too Far?”, *New York Review of Books*, 31 de octubre de 1974 (Con un título distinto, “Liberty and Liberalism”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 11).
- “A View of U.K.: Reports of Immanent Death Are Greatly Exaggerated”, *Sunday Times*, 11 de mayo de 1975.
- “The Law of the Slave-Catchers”, *Times Literary Supplement*, 5 de diciembre de 1975.
- “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, 88, 1975 (También en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 4).
- “Justice Accused”, *Times Literary Supplement*, 9 de enero de 1976.
- “The Defunis Case: The Right to Go to Law School”, *New York Review of Books*, 5 de febrero de 1976 (Con un título distinto, “Reverse Discrimination”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 9).
- “The Defunis Case: An Exchange”, *New York Review of Books*, 15 de julio de 1976.
- “Journalist’s Right to a Fair Trial”, *The Times*, 30 de noviembre de 1976.
- “What Rights Do We Have?”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 12.
- “Can Rights Be Controversial?”, en *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977, cap. 13.
- *Taking Rights Seriously*, Londres: Duckworth, 1977 (Hay traducción al castellano de M. GUASTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984). El libro recoge los artículos numerados como 5, 7, 9, 10, 11, 15, 18, 20, 21, 24, 26, 29, 30 y 33.

- “Why Bakke Has No Case”, *New York Review of Books*, 10 de noviembre de 1977 (Con un título distinto, “Bakke’s Case: Are Quotas Unfair?”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 14).
- “Social Sciences and Constitutional Rights. The Consequences of Uncertainty”, *Journal of Law and Education*, 6, 1977 (También en *The Educational Forum*, 41, 1977).
- “Seven Critics”, *University of Georgia Law Review*, 11, 1977 (Una versión corregida y aumentada con el título de “A Reply to Critics”, en *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977).
- “What Moral Philosophies Can Learn from the Law”, *University of Maryland Law Forum*, 7, 1977.
- “No Right Answer?”, en *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1977 (Con un título distinto, “Is There Really No Answer in Hard Cases?”, en *University of New York Law Review*, 53 y en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 5. Hay traducción al castellano de M. NARVÁEZ, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?, *El ámbito de lo jurídico*, Casanovas P. y Moreso J. J. (eds), Barcelona: Crítica, 1994).
- (ed.) *The Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1977 (Hay traducción al castellano de J. Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1980).
- “The Bakke Decision: Did It Decide Anything?”, *New York Review of Books*, 17 de agosto de 1978 (Con un título distinto, “What Did Bakke Really Decide?”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 15).
- “The Bakke Case: An Exchange”, *New York Review of Books*, 28 de septiembre de 1978.
- “Soulcraft”, *New York Review of Books*, 12 de octubre de 1978.
- “The Rights of Myron Farber”, *New York Review of Books*, 26 de octubre de 1978 (Con un título distinto, “The Farber Case: Reporters and Informers”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, cap. 18).
- “The Rights of M. A. Farber: An Exchange”, *New York Review of Books*, 7 de diciembre de 1978.
- “Liberalism”, en HAMPSHIRE S., *Public and Private Morality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978 (También en *A Matter of Principle*,

- Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 8. Hay traducción al castellano de M. Córdoba, *Moral pública y privada*, México: Fondo de Cultura Económica, 1983).
- “Political Judges and the Rule of Law”, *Maccabean Lecture in Jurisprudence. Proceedings of the British Academy*, 64, 1978 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 1).
 - “Some Views of Mrs. Thatcher’s Victory”, *New York Review of Books*, 28 de junio de 1979.
 - “How to Read the Civil Rights Act”, *New York Review of Books*, 20 de diciembre de 1979 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 16).
 - “Is the Press Losing the First Amendment?”, *New York Review of Books*, 4 de diciembre de 1980 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 19).
 - “Is Wealth a Value?”, *Journal of Legal Studies*, 9, 1980 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 12).
 - “Why Efficiency?”, *Hofstra Law Review*, 8, 1980 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 13).
 - “Dissent on Douglas”, *New York Review of Books*, 19 de febrero de 1981.
 - “How to Read the Civil Rights Act: An Exchange”, *New York Review of Books*, 15 de mayo de 1981.
 - “An Exchange on William O. Douglas”, *New York Review of Books*, 28 de mayo de 1981.
 - “Let’s Give Blacks a Head Start”, *The Times*, 12 de diciembre de 1981.
 - “Do We Have A Right to Pornography?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 1981 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 17. Con un título distinto, “Rights as Trumps”, en Waldron J., (ed.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984).
 - “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, 56, 1981 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 2).
 - “Principle, Policy, Procedure”, en *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres: Butterworths, 1981 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 3)

- “What Is Equality? Part I: Equality of Welfare”, *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981 (Con un título distinto, “Equality of Welfare”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 1)
- “What Is Equality? Part II: Equality of Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981 (Con un título distinto, “Equality of Resources”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 2)
- “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, 34, 1982 [Hay traducción al castellano de S. Íñiguez de Onzoño, “Retorno al Derecho “Natural””, en De Páramo, J.r & J. Betegón (eds.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, 1990].
- *Humanities in Review*, Cambridge, 1982.
- “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, 9, 1982 [También en *Texas Law Review*, 60, 1982; así como en Aarnio, A. & N. McCormick (eds.), *Legal Reasoning*, Aldershot: Dartmouth, 1992; y en Mitchell, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago: Chicago University Press, 1983. Con un título distinto, “How Law Is Like Literature”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 6. Hay traducción al castellano de J. M. Pombo, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en Rodríguez C., (ed.), *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997].
- “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don’t Talk about Objectivity Any More”, en Mitchell, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago: Chicago University Press, 1983 (Con un título distinto y en una versión diferente, “On Interpretation and Objectivity”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 7).
- “What Liberalism Isn’t”, *New York Review of Books*, 20 de enero de 1983.
- “In Defense of Equality”, *Social Philosophy and Policy*, 1, 1983.
- “Why Liberals Should Believe in Equality?”, *New York Review of Books*, 3 de febrero de 1983 (También en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 9).
- “To Each His Own”, *New York Review of Books*, 14 de abril de 1983 (Con un título distinto, “What Justice Isn’t”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 10).

- “Spheres of Justice: An Exchange”, *New York Review of Books*, 21 de julio de 1983.
- “A Reply by Ronald Dworkin”, en Cohen J., (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres: Duckworth, 1983.
- “Respuesta” a la encuesta realizada por la Revista *Doxa*, 1, 1984.
- “Regan’s Justice”, *New York Review of Books*, 8 de noviembre de 1984.
- “Regan’s Justice: An Exchange”, *New York Review of Books*, 14 de febrero de 1985.
- “Art as a Public Good”, *Art and the Law*, 9, 1985.
- “The High Cost of the Virtue”, *New York Review of Books*, 24 de octubre de 1985.
- “Law’s Ambition for Itself”, *Vanderbilt Law Review*, 71, 1985.
- “Civil Disobedience and Nuclear Protests”, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 4.
- “Can a Liberal State Support Art?”, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, cap. 11.
- *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985 (El libro recoge los artículos numerados como 32, 36, 38, 41, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 54, 55, 56, 61, 62, 65, 66, 75 y 76).
- “La théorie du droit comme interprétation”, *Droit et Société*, 1, París, 1985.
- “A New Link in the Chain”, *California Law Review*, 74, 1986.
- “Report from Hell”, *New York Review of Books*, 17 de Julio de 1986.
- *Law’s Empire*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986 (Hay traducción al castellano de C. Ferrari, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988).
- “Introduction”, en *Nunca más: the Report of the Argentine National Commission on the disappeared*, New York, 1986.
- “The Changing Story”, [para el programa] *In Search of the Constitution with Bill Moyers*, 1987 [documento audiovisual].
- “Legal Theory and the Probleme of Sense”, en Gavison R., (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
- “The Press on Trial”, *New York Review of Books*, 26 de febrero de 1987 (También en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 7).
- “Time’s Settlement”, *New York Review of Books*, 12 de marzo de 1987.

- “Time’s Rewrite”, *New York Review of Books*, 9 de abril de 1987.
- “Plea for a Philosopher”, *New York Times*, 22 de julio de 1987.
- “The Bork Nomination”, *New York Review of Books*, 13 de agosto de 1987 (También en *Cardozo Law Review*, 9, 1987. Con un título distinto, “Bork: The Senate’s Responsibility”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 12).
- “Reckless Disregard: An Exchange”, *New York Review of Books*, 24 de septiembre de 1987.
- “The Bork Nomination: An Exchange”, *New York Review of Books*, 8 de octubre de 1987.
- “The Bork Nomination”, *New York Review of Books*, 5 de noviembre de 1987.
- “From Bork to Kennedy”, *New York Review of Books*, 17 de diciembre de 1987 (Con un título distinto, “What Bork’s Defeat Meant”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 13).
- “What Is Equality? Part III: The Place of Liberty”, *Iowa Law Review*, 73, 1987 (Con un título distinto, “The Place of Liberty”, en *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 3).
- *Philosophical Issues in Senile Dementia*, US Congress: US Government Printing Office, 1987.
- “What Is Equality? Part IV: Political Equality”, *University of San Francisco Law Review*, 22, 1987 (Con un título distinto, “Political Equality”, en *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 4).
- “Devaluing Liberty”, *Index on Censorship*, 17, 1988.
- “The New England”, *New York Review of Books*, 27 de octubre de 1988.
- “La complétude du droit”, en Amselek, P. y Grzegorzczuk, C., (eds.), *Controverses autour de l’ontologie du Droit*, París: Presses Universitaires de France, 1989.
- “The Great Abortion Case”, *New York Review of Books*, 29 de junio de 1989 (Con un título distinto, “Roe in Danger”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 1).
- “The Future of Abortion”, *New York Review of Books*, 28 de septiembre de 1989 (Con un título distinto, “Verdict Postponed”, en *Freedom’s Law. The*

Moral Reading of American Constitution, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 2)

- “Liberal Community”, *California Law Review* 77, 1989 [Hay traducción al castellano de D. Bonilla e I. C. Jaramillo, “La comunidad liberal”, Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre ed., 1996. También en *Morality, Harm and the Law*, Boulder (Co.): Westview Press, 1994; y en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 5].
- *A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protecting*, Londres: Chatto & Windus, 1990.
- “Foundations of Liberal Equality”, en *Equal Freedom: Selected Tanner Lectures on human values*, Salt Lake City, Utah: University of Utah Press, 1990 (Hay traducción al castellano de R. Domènech, *Ética privada e igualitarismopolítico*, Barcelona: Paidós, 1993. Con un título distinto y en una versión algo más simplificada en “Equality and the Good Life”, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 6).
- “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review*, 28, 1990.
- “Bork’s Jurisprudence”, *University of Chicago Law Review*, 57, 1990 (Con un título distinto, “Bork’s Own Postmortem”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 14).
- “The Right to Death”, *New York Review of Books*, 31 de enero de 1991 (Con un título distinto, “When Is It Right to Die”, en *New York Times*, 17 de mayo de 1994. También con un título distinto, “Do We Have a Right to Die?”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 5).
- “The Detention of Sari Nussiebeh”, *New York Review of Books*, 7 de marzo de 1991 (En colaboración con Barnes, J., Berlin, I., Cohen, J., Davidson, D., Dummett, M., etc.).
- “A Harmful Precedent”, en *Index on Censorship*, 28 (Con un título distinto, “No News is Bad News for Democracy”, en *The Times*, 27 de marzo de 1991).
- “The Reagan Revolution and the Supreme Court”, *New York Review of Books*, 18 de julio de 1991 (Con un título distinto, “Gag Rule and Affirmative Action”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 6).

- “Jurisprudence and Constitutional Law”, en *Encyclopaedia of the American Constitution*, 1991.
- “Pragmatism, Right Answers and True Banality”, en *Pragmatism in Law and Society*, Boulder (Co.): Westview Press, 1991.
- “La Cour Supreme”, en *Pouvoirs*, 1991.
- “On gaps in the Law”, en *Controversies About Law’s Ontology*, Edimburgo: Edinburgh University Press, 1991.
- “Pornography, feminism and liberty”, en *Pornography: Private Right or Public Menace?*, Buffalo (N.Y.): Prometheus Books, 1991.
- “Liberty and Pornography”, *New York Review of Books*, 15 de agosto de 1991 (Con un título distinto, “The Unbearable Cost of Liberty”, en *Index on Censorship*, 24, 1995. También con un título distinto, “Pornography and Hate”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 9).
- “Justice for Clarence Thomas”, *New York Review of Books*, 7 de noviembre de 1991 (Con un título distinto, “The Thomas Nomination”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 15).
- “One Year Later, the Debate Goes On”, *The New York Times Book Review*, 25 de octubre de 1992 (Con un título distinto, “Anita Hill and Clarence Thomas”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 16).
- “Unenumerated Rights: Whether and How *Roe* Should be Overruled”, *University of Chicago Law Review*, 59, 1992 (También en *The Bill of Rights in the Modern state*, Chicago: University of Chicago Press, 1992. Con un título distinto “What the Constitution Says”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 3).
- “The Coming Battles over Free Speech”, *New York Review of Books*, 11 de junio de 1992 (Con un título distinto, “Why Must Speech Be Free?”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 8).
- “The Center Holds!”, *New York Review of Books*, 13 de agosto de 1992 (Con un título distinto, “*Roe* Was Saved”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 4).
- “Law as Integrity. Integrity and Interpretation”, *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder (Co.): Westview Press, 1993.

- “Integrity”, en *Justice*, Atlantic Highlands: Humanities Press, 1993.
- “Feminism and Abortion”, *New York Review of Books*, 10 de junio de 1993.
- “Life is Sacred: that’s the Easy Part”, *The New York Times Magazine*, June 16, 1993. (También en *Arguing Euthanasia: the Controversy over Mercy Killing, Assisted Suicide, and the “Right to Die”*, New York: Simon & Schuster, 1995).
- “Women and Pornography”, *New York Review of Books*, 21 de octubre de 1993 (También en *New York Review of Books*, 3 de marzo de 1994. Con un título distinto, “MacKinnon’s Words”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 10).
- *Life’s Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Knopf, 1993 (Hay traducción al castellano de R. Caracciolo, *El domino de la vida*, Barcelona: Ariel, 1994).
- “Justice in the Distribution of Health Care”, *McGill Law Journal*, 38, 1993.
- “Will Clinton’s Plan Be Fair?”, *New York Review of Books*, 13 de enero de 1994 (Con un título distinto, “Justice and the High Cost of Health”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 8).
- “Mr. Liberty”, *New York Review of Books*, 11 de agosto de 1994 (Con un título distinto, “Learned Hand”, en *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 17).
- “Hart’s Posthumous Reply”, 1994 [inérito].
- *Conferencias de Ronald Dworkin en Chile*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Colección de estudios, 2, 1994.
- “Why Academic Freedom?”, *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 11 [Con un título distinto, “We Need a New Interpretation of Academic Freedom”, en Menand L. (ed.), *Academic Freedom and Its Future*, Chicago: University of Chicago Press, 1996].
- “Does Britain Need a Bill of Rights?”, *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, cap. 18 (Este capítulo aparece sólo en la edición *inglesa* del libro).
- “The Moral Reading of the Constitution”, *New York Review of Books*, 21 de marzo de 1996.
- *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996 (El libro recoge los artículos numerados

- como 85, 89, 93, 100, 101, 106, 107, 110, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 126, 130, 133 y 134).
- “Indeterminacy and Law”, en *Positivism Today*, Aldershot: Dartmouth, 1996.
 - “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs* 25, 1996.
 - “Posner’s Charges: What I Actually Said”, www.nyu.edu/gsas/dept/philofaculty/dworkin/papers/posner.html.
 - “Sex, Death and the Courts”, *New York Review of Books*, 8 de agosto de 1996; y “Assisted Suicide: What the Court Really Said”, *New York Review of Books*, 24 de septiembre de 1997, aparecen reunidos en “Sex, Death, and the Courts”, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 14.
 - “The Curse of American Politics”, *New York Review of Books*, 17 de octubre de 1996.
 - “Do Liberty and Equality Conflict?”, en Bakers P., (ed.), *Living as Equals*, Oxford: Oxford University Press, 1996 (Hay traducción al castellano de J. F. Álvarez, “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, en *Vivir como iguales*, Barcelona: Paidós, 2000).
 - “Politics, Death and Nature”, *Health Matrix*, 6, 1996.
 - “Assisted Suicide: The Philosophers’ Brief”, *New York Review of Books*, 27 de marzo de 1997 (En colaboración con Nagel, T., R. Nozick, J. Rawls, T. Scanlon & J. Jarvis Thomson. También en www.nyu.edu/gsas/dept/philofaculty/dworkin/papers).
 - “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review*, 65, 1997.
 - “Reflections on Fidelity”, *Fordham Law Review*, 65, 1997.
 - “Assisted Suicide: What the Court Really Said”, *New York Review of Books*, 25 de septiembre de 1997.
 - “Naturaleza contra autocreación”, *El País*, 17 de marzo de 1997.
 - “Comment”, en Gutman A., (ed.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997.
 - “In Praise of Theory”, *Arizona State Law Review* 29, 1997.
 - “In Defense of Theory”, *Arizona State Law Review* 29, 1997.
 - “The Roots of Justice (Partes I y II)”, 1997 (inédito).
 - “Darwin’s New Bulldog”, *Harvard Law Review* 11, 1998.

- “The Partnership Conception of Democracy”, *California Law Review*, 86, 1998.
- “Euthanasia, Morality and Law. A Reply by Ronald Dworkin”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31, 1998.
- “Affirming Affirmative Action”, *New York Review of Books*, 22 de octubre de 1998 (Con un título distinto, “Affirmative Action: Does It Work?”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 11).
- “Is Affirmative Action Doomed?”, *New York Review of Books*, 5 de noviembre de 1998 (Con un título distinto, “Affirmative Action: Is It Fair?”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 12).
- “Justice for Hedgehogs”, 1999 (inédito).
- “Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy”, en Rosencranzt; J., (ed.), *If Buckley Fell*, New York: Century Foundation, 1999 (También en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 10).
- “A Kind of Cup”, *New York Review of Books*, 14 de enero de 1999.
- “The Wounded Constitution”, *New York Review of Books*, 18 de marzo de 1999.
- “Philosophy & Monica Lewinsky”, *New York Review of Books*, 9 de marzo de 2000.
- ““An Affair of State”: An Exchange”, *New York Review of Books*, 27 de abril de 2000.
- “The Phantom Poll Booth”, *New York Review of Books*, 21 de diciembre de 2000.
- “Equality and Capability”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 7.
- “Justice, Insurance and Luck”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 9.
- “Playing God: Genes, Clones and Luck”, en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000, cap. 13. [Hay traducción al castellano, “Jugar a ser Dios: Genes, clones y suerte”, en *Claves de Razón práctica*, 135, septiembre de 2003].
- *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000 (Hay traducción al castellano de Fernando

- Aguar y M^a Julia Bertomeu, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós: 2003). El libro recoge los artículos numerados como 57, 58, 94, 96, 102, 104, 129, 140, 155, 156, 158, 164, 165 y 166.
- “Does Equality Matter?”, en *Progressive Governance For The XXI Century: Conference Proceedings. Florence, 20th and 21 st. Nov, 1999*. Florencia: European University Institute, 2000.
 - “A Badly Flawed Election”, *New York Review of Books*, 11 de enero de 2001.
 - “Do Liberal Values Confl ict?”, en Lilla, M., R. Dworkin & R. Silvers (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York: New York Review of Books, 2001.
 - “Internal Realism”, 2001 (inédito).
 - “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, 2001 (inédito).
 - “Do Values Confl ict? A Hedgehog’s Aproach”, *Arizona Law Review*, 43, 2001.
 - “The Threat to Patriotism”, *New York Review of Books*, 28 de febrero de 2002.
 - “The Trouble with the Tribunals”, *New York Review of Books*, 25 de abril de 2002.
 - (ed.) *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2002.
 - “Interpretation, Morality and Truth”, 2002 (inédito).
 - “Taking Rights Seriously in Beijing”, *New York Review of Books*, 26 de septiembre de 2002.
 - “The Court and the University”, *New York Review of Books*, 15 de mayo de 2003.
 - “The Court & the University: An Exchange”, *New York Review of Books*, 14 de agosto de 2003.
 - “Rights and Terror”, 2003 (inédito).
 - “What Are Human Rights?”, 2003 (inédito).
 - “Terror & the Attack on Civil Liberties”, *New York Review of Books*, 6 de noviembre de 2003.

LA ACCIÓN EN EL IMPERIO DE LA LEY: JUZGAR EN MODO DELIBERATIVO

Verónica Rodríguez-Blanco
Universidad de Birmingham

INTRODUCCIÓN

Dworkin promueve la opinión de que los jueces deciden los casos legales de acuerdo con la metodología de la interpretación constructiva y que, por lo tanto, en su respuesta a una cuestión judicial, los jueces se centran en ofrecer la mejor interpretación posible de la ley a la luz de los dos criterios de la idoneidad, con los últimos materiales judiciales y con solidez moral. El objetivo de esta labor de interpretación constructiva es justificar la coerción del Estado. Esto es clave para entender la crítica que Dworkin hace a los procesos de toma de decisiones judiciales basados en la norma por parte de los jueces. Una consecuencia trivial de esta opinión es que los funcionarios y los ciudadanos cumplen con la ley debido a la justificación que ha sido promovida por los jueces en el ejercicio de la interpretación constructiva. Consecuentemente, ni los funcionarios ni los ciudadanos cumplen con la ley ya que han sido obligados o simplemente porque se les ha dicho que lo hagan. Debe ponerse en duda, sin embargo, si la interpretación constructiva realmente puede proporcionar alguna orientación, ya que a los funcionarios y ciudadanos se les ha pedido que *accepten* la interpretación de la ley que ha sido presentada por los jueces y, podría decirse que, esta interpretación es la mejor interpretación posible de lo que la ley es en un caso particular. Por otra parte, ¿por qué deberían los funcionarios y los ciudadanos aceptar

la interpretación indicada? ¿Esto puede ser interpretado como una forma sutil de coacción, dado que el funcionario o ciudadano podría no admitir la interpretación constructiva adelantada por el juez en el caso particular? ¿Los funcionarios/ciudadanos se limitan a *aceptar* la justificación presentada por los jueces o ellos, más bien, simplemente creen que la interpretación indicada es la interpretación más sólida y deseable de la práctica legal, y esta creencia provoca la acción apropiada? ¿Es ésta una concepción plausible para explicar nuestro cumplimiento de las decisiones judiciales?

Una posible respuesta a este conjunto de cuestiones relacionadas entre sí, es decir que los ciudadanos y los funcionarios, al igual que los jueces, también se dedican a la interpretación constructiva y que, por lo tanto, su mejor interpretación posible de lo que es la ley coincide con la interpretación dada por los jueces. Voy a demostrar que esta es una visión inverosímil del cumplimiento de la ley y, más adelante mostraré que aunque esta visión fuera acertada, las decisiones judiciales en este escenario no pueden guiar ni al ciudadano ni al funcionario. Argumentaré que el error de la teoría de la interpretación constructiva radica en una concepción errónea e inverosímil de la acción y la intención, que interpreta la acción como el resultado de los movimientos corporales que son evidenciados en la práctica, y sobre el que se *impone* un sentido. Voy -además- a defender una concepción más plausible de la acción a lo largo de la tradición clásica, que entiende la práctica como creada en la mediación y la deliberación. El resultado es que la interpretación constructiva y su concepción de la “imposición de sentido, valor o propósito” en la práctica es una perspectiva teórica que descuida y no entiende la acción y la razón práctica.

El documento se divide en dos secciones. En dos partes, voy a mostrar las deficiencias de la teoría de la interpretación constructiva de Dworkin. Yo sostengo que la interpretación constructiva se basa en una concepción errónea de *lo que la intención es y cómo entendemos la acción intencional*. En §3, defenderé una concepción de la acción intencional que proporciona una solución plausible al problema de la “justificación” y el “cumplimiento” de la ley.

1. TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA DE DWORKIN: LA CUESTIÓN DEL “CUMPLIMIENTO”

Dworkin ha argumentado que una característica fundamental de la ley es que justifica la coerción del Estado. Los jueces ofrecen los principios base que subyacen a la ley, con el fin de justificar la imposición de formas concretas de actuar sobre los funcionarios y los ciudadanos. Por lo tanto, la ley exige que actuemos de *esta* manera en lugar de *aquella*, y *nos ofrece* justificaciones basadas en principios para que sigamos la ley. Tomemos, por ejemplo, la perspectiva de que una víctima que sufre trastorno psíquico debe ser indemnizada. El principio de fondo que fundamenta este punto de vista es que los individuos pueden ser responsables por el daño psiquiátrico previsible sufrido por otro. Dworkin propone la postura de que estos principios no se descubren¹ sino que se “construyen” a través de un ejercicio interpretativo. Lo último es inevitable porque los jueces y los profesionales realmente no están de acuerdo sobre cuál es la mejor solución posible en un caso legal en particular. Por lo tanto, el desacuerdo no es acerca de los hechos del caso; ni sobre los principios morales subyacentes de la ley que pueden ser descubiertos; ni sobre las normas aplicables, ya que, según Dworkin, no hay reglas aplicables.

Los auténticos desacuerdos teóricos² se deben al hecho de que la respuesta a la pregunta “¿Cuál es la ley en este caso?”, presupone una respuesta a una pregunta más abstracta y teórica que se refiere a lo que la ley es. En consecuencia, cuando a un juez se le ha pedido que decida sobre un caso particular, no puede sino hacerse la teórica y abstracta pregunta “¿Qué es la ley?”, y tiene que reflexionar sobre su propia concepción del derecho para contestar tanto la pregunta abstracta como la pregunta particular del caso. La primera, en particular, da lugar a una gran cantidad de auténticos desacuerdos teóricos.

¹ Ver su crítica de los puntos de vista metafísicos en Dworkin, R., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs* (1996), p. 87.

² Véase mi artículo “Genuine Disagreements: a Reinterpretation of Dworkin”. En: 21 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 649-671, para una crítica metafísica de la idea de Dworkin sobre los auténticos desacuerdos teóricos.

Muchos profesionales y jueces, por ejemplo, argumentan a favor de la ley como un conjunto de convenciones; otros argumentan que la ley es sobre decisiones pragmáticas; mientras que otros consideran que la ley debe ser concebida de acuerdo con el principio rector de la integridad. Según Dworkin, la única manera de resolver los auténticos desacuerdos teóricos sobre lo que es la ley, es recurriendo a la interpretación constructiva. Esto requiere una interpretación en términos de dos criterios, competencia en la práctica previa y solidez moral.

Dworkin sostiene que visualizar el derecho como asentado dentro de un conjunto anidado de principios (derecho como integridad), ofrece la mejor interpretación posible a la pregunta abstracta de qué es la ley. La ley es, por lo tanto, una práctica que busca un punto, propósito o significado. Su propósito o sentido esencial es proporcionar justificación a la coerción del Estado, y la mejor manera de lograrlo, es cuando los jueces se guían por la integridad. Una vez que el juez entiende que el modelo de integridad proporciona la mejor respuesta posible a la pregunta de qué es la ley, entonces es necesario que participe en responder a la pregunta de qué es la ley en un caso particular, y de nuevo el modelo de integridad proporciona la mejor solución interpretativa. El juez, naturalmente, examinará los últimos materiales judiciales, y tiene que leer este material judicial a la mejor luz moral y guiado por la integridad. En el ejemplo anterior de lesiones psiquiátricas, el juez exige que la parte demandada pague una indemnización por el daño psiquiátrico.

Podría ser que los casos judiciales anteriores sólo proporcionaran una indemnización por lesiones físicas y no por lesiones psiquiátricas. El juez tiene que plantear la cuestión de cuál es la ley en este caso particular. Y diría que compensar sólo por las lesiones físicas, excluyendo lesiones psiquiátricas, no es moralmente atractivo. Por otro lado, compensar el daño psiquiátrico a pesar de la previsibilidad del daño, no encaja bien con el más reciente material judicial. La mejor respuesta posible en términos de los dos criterios de interpretación constructiva es, que la víctima debe ser compensada por lesión psiquiátrica y sólo por los daños previsibles. Esta decisión es la mejor interpretación posible de lo que la ley es en el caso particular, ya que se ajusta a la mayor parte del material judicial y es moralmente atractiva.

De esta manera, el propósito o punto fundamental de la ley ha sido satisfecho. En este caso en particular, la decisión del juez, que se ha convertido en ley, *justifica su coacción* del demandado y de los otros participantes legales. El juez ejerce su coacción al exigir que la parte demandada pague una indemnización a la víctima que ha sufrido una lesión psiquiátrica, y el alcance de los daños está limitado por su previsibilidad. La coacción no es coacción *de facto*. No es una fuerza ilegítima que se ejerce sobre el demandado, sino más bien un poder o fuerza *legítima*.

La cuestión que surge al hacer referencia *al papel de esta justificación, y cómo esta justificación es parte de la razón práctica* de la parte demandada y los otros participantes legales en este caso particular. Podría decirse que la justificación desempeña dos funciones clave. En primer lugar, permite el cumplimiento por parte del demandado. Por lo tanto, en nuestro ejemplo, el acusado procede a hacer el pago a la víctima de la suma que fue decidida por la Corte. En segundo lugar, al igual que cualquier justificación, invita a la participación de nuestras capacidades racionales y, por tanto, garantiza el ejercicio de nuestra libertad en el ámbito jurídico.

En consecuencia, actuamos *debido* a las justificaciones, *porque* creemos que esta es una solicitud justificada o legítima del juez. Pero entonces, el *acertijo* que se plantea es, cómo el acusado y los otros participantes legales son capaces de captar la decisión *como justificada*. Una posible respuesta sería que esto sucede debido a que el acusado y los otros participantes legales también realizan un ejercicio interpretativo similar al del juez. De este modo, el acusado construye la mejor respuesta posible a la pregunta de qué es la ley, y sobre esa base, proporciona la mejor respuesta posible a la pregunta de si debe indemnizar a la víctima por el daño psiquiátrico que le ha causado. El acusado podría estar de acuerdo con el juez en la respuesta a la pregunta de qué es la ley, y por lo tanto, podría considerar que el modelo de la ley como integridad se adapta mejor al anterior ejercicio, y es moralmente más atractivo. Sin embargo, esto no garantiza que el juez y el acusado lleguen a la *misma* interpretación en términos de lo que la ley es en este caso en particular. En otras palabras, no hay garantía de que el acusado llegará a la misma *justificación* que el juez,

o al menos, que la capacidad para alcanzar la misma justificación por la mayor parte de los participantes legales, puede ser asegurada por el modelo de interpretación constructiva. De este modo, el acusado puede estar en desacuerdo con el juez en cuanto a si la indemnización por lesiones psiquiátricas es moralmente atractiva. El acusado podría argumentar que no es moralmente atractivo porque no podemos ser responsables de lo que no está bajo el control de uno. Tomemos, por ejemplo, el siguiente caso de trastorno psíquico: Una madre llega al hospital poco tiempo después de un accidente de coche en el que sus hijos y esposo resultaron heridos, pero, como consecuencia de ver a sus hijos heridos, la madre sufre trastorno psíquico. El demandado puede alegar que no es moralmente sólido, en sus aspectos sustantivos, el atribuir la responsabilidad por las consecuencias que no están bajo el control del agente. Por lo tanto, la mejor interpretación posible del caso que se adapta al material jurídico y es moralmente atractiva es no compensar por lesiones psiquiátricas, sino sólo por lesiones físicas.

No estoy diciendo que este sea el punto de vista correcto, más bien, me limito a plantearlo como una *posible y diferente* concepción interpretativa constructiva de lo que la ley es en el caso particular, que se ajusta a la mayor parte del material judicial y es moralmente atractiva. La interpretación constructiva no garantiza una respuesta objetiva a la cuestión de la justificación de la ley. Sin embargo, usted puede objetar que esto no es importante, ya que hay decisiones justificadas que se nos imponen independientemente de nuestro reconocimiento de ellas como decisiones justificadas. Por lo tanto, se considera justificado que los padres le exijan ciertos comportamientos a sus hijos adolescentes, quienes podrían no reconocer las razones que justifican las demandas de sus padres. También se justifica que la moralidad exige una cierta conducta moral de nosotros; sin embargo, podríamos ser incapaces de reconocer la fuerza y los justificados principios morales que fundamentan la conducta. No obstante, mi argumento no es que empíricamente podemos dejar de reconocer la justificación presentada por los jueces. Mi argumento es que la interpretación constructiva no puede garantizar que el acusado llegue a la misma justificación, y esto parece extraño, ya que la justificación que resulta de la interpretación constructiva está dirigida a la parte demandada y *sus capacidades*.

En el caso de las exigencias morales, empíricamente podríamos fallar en el cumplimiento de las altas demandas de la moralidad, pero sin duda, y aparte del escepticismo moral, tenemos la capacidad racional de estar a la altura de ese estándar y de entender sus solicitudes justificadas. Todas las filosofías morales presuponen que somos capaces, tanto de descubrir como de construir los principios de la conducta moral. Sin embargo, no existe un proceso o presuposición similar en la interpretación constructiva. La interpretación constructiva no es capaz de demostrar que todos podemos lograr la *misma* justificación, o por lo menos, que tenemos la *capacidad* de llegar a la misma justificación. El *acertijo* se puede formular de la siguiente manera:

Acertijo: El objetivo de la interpretación constructiva es proporcionar una justificación que pueda fundamentar las decisiones judiciales de los jueces, y que, por tanto, justifica la coerción del Estado. La interpretación constructiva implica la idea de que el juez ofrece su propia mejor interpretación posible de lo que es la ley en un caso particular, de acuerdo a la idoneidad con los últimos materiales judiciales y la solidez moral. La justificación se *orienta* a los acusados y los otros participantes legales, pero el proceso no puede garantizar que los jueces, los acusados y los otros participantes legales alcanzarán la *misma* justificación. Por consiguiente, la interpretación constructiva no puede guiar nuestra conducta, ni ser el proceso correcto para la justificación de la coerción del Estado.

El correcto diagnóstico del *acertijo* nos lleva a la necesidad de examinar la naturaleza de la interpretación constructiva. Si la interpretación constructiva es simplemente un ejercicio teórico, entonces es un ejercicio de interpretación que se debe guiar por la verdad y la forma en que es el mundo. En consecuencia, si estamos tratando de determinar si *creemos* que la indemnización por lesión psiquiátrica previsible se justifica porque se basa en un principio objetivamente legal o moral, entonces tratamos de determinar si la proposición es verdadera, y si tenemos buenas razones para creer en ella. Por el contrario, si el juez se propone que la indemnización por lesión psiquiátrica previsible es justificada, ya que es, de acuerdo a la integridad, moralmente atractiva, entonces estamos tratando de producir algo en el mundo, es decir, acciones que son moralmente justas. Estas dos

iniciativas tienen cabida en distinta forma, y no están inconexas, pero pertenecen a dos dominios diferentes de cómo nosotros y nuestras capacidades cognitivas y nuestra voluntad se relacionan con el mundo.

En el primer caso, cuando estamos tratando de determinar cómo es el mundo, estamos ejerciendo nuestro razonamiento teórico. En último caso, cuando estamos generando cosas o provocando situaciones en el mundo a través de nuestra acción intencional, estamos ejerciendo nuestro razonamiento práctico. ¿Cuál es entonces la naturaleza de la interpretación constructiva? ¿Es un ejercicio de razonamiento ya sea teórico o práctico? En la siguiente sección argumentaré que la interpretación constructiva se concibe principalmente como un ejercicio teórico, es decir, como un ejercicio teórico-creativo. A diferencia de un simple ejercicio teórico, no trata de determinar la verdad en el mundo, sino que impone “sentido” o “propósito” a la práctica social, a las acciones de los participantes, o en la obra de arte. Para Dworkin, la interpretación constructiva como ejercicio teórico-creativo se requiere para la interpretación de obras de arte y la interpretación de las prácticas sociales. Por tanto, la interpretación constructiva no puede tener éxito en el abastecimiento de un proceso *práctico*, a través del cual todos los participantes de una práctica o todos los intérpretes de una obra de arte son capaces de alcanzar la *misma* justificación.

1.1 La interpretación constructiva como razonamiento teórico-creativo: ¿los límites del modelo de talante teórico?

La interpretación constructiva nos invita a comenzar observando la práctica pertinente, y la búsqueda del sentido de la práctica. De esta manera, en calidad de intérpretes, nos preguntamos cuál es el punto o el propósito de la práctica. “Imponemos” nuestros valores, sentidos o intenciones en la práctica,³ y reflexionamos sobre si nuestros valores, sentidos o intenciones impuestos satisfacen los dos criterios de la idoneidad con la práctica existente y la solidez moral. Por ejemplo, para dar una respuesta a la cuestión teórica y abstracta de qué es la

³ DWORKIN, R., *Law's Empire* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986), en 47.

ley, observamos lo que los jueces están haciendo. Observamos que su práctica tiene un sentido o propósito, y de esto interpretamos que los jueces proporcionan principios de acuerdo con los requisitos de la integridad. Estos principios fundamentan sus decisiones y justifican la coerción del Estado. Entonces, reflexionamos sobre si esta interpretación de lo que es la ley en el caso particular se ajusta a la práctica legal y es moralmente atractiva.

Retomemos el ejemplo anterior, el caso en que la víctima ha sufrido una lesión psiquiátrica. En fallos anteriores, los Tribunales no han otorgado indemnizaciones por lesiones psiquiátricas, y en este caso, el juez se basa en su respuesta a la cuestión teórica y abstracta, y procede como él cree que lo requiere el modelo de integridad. El juez observa la práctica e interpreta, por ejemplo, que el propósito de la indemnización por daños y perjuicios en el Derecho de responsabilidad civil, es corregir el daño que ha sido ocasionado por el acto del acusado. En el caso particular de ser juzgado, el juez alienta la opinión de que también deben ser compensadas las lesiones psiquiátricas, ya que esto cumple con el propósito del Derecho de responsabilidad civil.⁴ Sin embargo, no puede apartarse demasiado del material judicial existente, y tiene que argumentar que el alcance del daño debe estar dentro de lo que es previsible. Otro participante legal podría argumentar que los casos judiciales anteriores apoyan la interpretación de que el alcance del daño está determinado por las consecuencias directas, independientemente de la previsibilidad del daño, y podría, por otra parte, abogar por que esta interpretación es moralmente más atractiva. Además, un tercer participante legal podría argumentar que no debería haber ninguna indemnización por los daños psiquiátricos, ya que esto encaja con la mayor parte de los últimos materiales judiciales, y también es moralmente más atractivo; es decir, uno no puede ser responsable de aquello sobre lo que no tiene ningún control, y no se puede tener control sobre las acciones negligentes. De este modo, los participantes estarán en desacuerdo sobre cuál de las tres interpretaciones encaja mejor con los dos criterios de la interpretación constructiva. Parece que en cualquier caso

⁴ Véase el análisis de Dworkin del caso de McLoughlin (McLoughlin v O'Brian [1983] 1 AC 410) en *Law's Empire*.

judicial pueden existir múltiples interpretaciones, y que la interpretación constructiva no puede ofrecer una solución que la reúna a todas.

Dentro del modelo interpretativo constructivo de Dworkin, la labor del juez y los participantes legales se presenta como una tarea teórico-creativa. Los participantes legales tienen que determinar el valor, el sentido o propósito de la práctica jurídica, “imponiendo” valor, sentido o propósito sobre las acciones judiciales, la práctica y las decisiones. Si esta es una labor teórica, ¿qué están determinando los jueces y los participantes legales? Posiblemente están siguiendo las “intenciones” interpretadas como estados mentales de los jueces y los participantes legales. Pero Dworkin rechaza explícitamente el modelo del estado mental de la acción intencional y las intenciones creativas.⁵

La interpretación constructiva exige que demos valor, propósito y sentido a la práctica social. La premisa de la interpretación constructiva es que la práctica, desde el punto de vista del intérprete, es simple información en bruto del comportamiento,⁶ es decir, los movimientos corporales de los seres humanos. Él argumenta que la información en bruto es subdeterminada, y que necesitamos la interpretación constructiva para “dar sentido” y mostrar la práctica en su mejor forma. Él plantea esto de la siguiente manera:

La tosca información conductual de la práctica –lo que hace la gente, en qué circunstancias– subdeterminará la atribución de valor: esos datos serán consistentes, es decir, con atribuciones diversas y competitivas... Si la información rústica no discrimina entre estas atribuciones rivalizantes, la elección de cada intérprete debe reflejar su visión de que la interpretación propone la mayoría de los valores para la práctica –que la muestra en su mejor luz–, considerando todas las cosas.⁷

Voy a argumentar que esta es una concepción errónea de *lo que* es la acción intencional, y el *cómo entendemos* la acción intencional y las prácticas sociales resultantes. ¿Por qué Dworkin afirma que el material primario sobre cuya base opera la interpretación constructiva

⁵ Ibídem., pp. 51, 52, 53-55.

⁶ Ibídem., p. 52.

⁷ Ibídem.

es simplemente información conductual en bruto? Podríamos inferir que, según Dworkin, la estructura de la acción intencional y la razón práctica es inescrutable por el intérprete o el observador de la acción, y que, por tanto, el intérprete de la acción y la práctica social tiene que involucrarse en un *proceso creativo de reconstrucción de la acción intencional* y la práctica social. Por tanto, el intérprete está sujeto a comprender la práctica social en la teoría, aunque de forma creativa. Dworkin nos dice que, dado que las prácticas sociales y las obras de arte no son el resultado de *causas*,⁸ sino que se crean sobre la base de los valores, propósitos o intenciones significativas, el intérprete tiene que participar en un ejercicio teórico-creativo que implica “la imposición” de valores, sentido o propósitos en la práctica.⁹ En mi opinión, Dworkin rechaza correctamente la idea de la intención como un estado mental;¹⁰ sin embargo, él propone una alternativa que es igualmente teórica, y en consecuencia, malinterpreta la acción intencional y su conexión con la razón práctica. Ahora me dirijo a defender una concepción de la acción intencional y la razón práctica que puede arrojar luz sobre nuestra comprensión de las prácticas sociales y su justificación.

2. LA COMPRESIÓN DE LA ACCIÓN INTENCIONAL Y LA PRÁCTICA SOCIAL

2.1 Las características clave de la acción intencional

En su libro *Intention*,¹¹ Elisabeth Anscombe asume la tarea de explicar la acción intencional según las líneas de tradición filosófica de Aristóteles y Aquino, e identifica un número de rasgos

⁸ *Ibidem.*, p. 51.

⁹ Ver Finnis en su revisión de Dworkin, donde se insiste en que debemos resistir la tentación de pensar que Dworkin defiende la razón práctica.

¹⁰ Para una crítica de la acción intencional como un estado mental ver mi libro *Law and Authority Under the Guise of the Good* (Oxford: Hart Publishing, forthcoming 2014).

¹¹ ANSCOMBE, E, *Intention* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2nd Edition, 2000, originally published in 1957).

clave que caracterizan la acción intencional. Estas características incluyen:

a. Las primeras etapas de una acción intencional son “tragadas” por las etapas posteriores

La acción intencional se compone de un número de etapas o serie de acciones. Por ejemplo, si pretendo hacer una taza de té, primero pongo la tetera *para* hervir agua. Hiervo agua *con el fin* de verterla en una taza. No obstante, mientras hago té, hay muchas otras cosas que estoy haciendo que son irrelevantes para mi acción intencional y para lo que está sucediendo como intencional. Por ejemplo estornudo; miro por la ventana; canto; etcétera. Del mismo modo, muchas otras cosas están sucediendo en el mundo que son irrelevantes para lo que hago, y que ocurren como resultado de lo que hago intencionalmente. Así, la cocina tiene una ubicación específica, las flores en el jardín resplandecen, el viento sopla y abre de golpe la ventana, y etcétera. Debido a que mi acción de hacer té es intencional, yo impongo un orden en el caos del mundo y este orden es el orden de las razones. En consecuencia, pongo la tetera *para* hervir agua y hiervo el agua *con el fin de* verterla en una taza. Así es como yo entiendo la secuencia de acontecimientos en el mundo que yo, como un agente, *produzco o hago que sucedan*. Pero, sin duda, podría haber un número infinito de series de acciones; podría haber un continuo infinito, una incesante red de acciones. La pregunta “¿Por qué?” siempre se puede sugerir: “¿Por qué estás haciendo té?”, y el agente podría responder: “Porque me satisface en la mañana”. Sin embargo, hay un fin a la serie de preguntas “¿Por qué?”, y llega cuando el agente proporciona una caracterización del final o *telos* como una característica de buen-hacer. La acción se hace inteligible, y no hay necesidad de preguntar “¿Por qué?” de nuevo. El final como la última etapa de la serie de preguntas “¿Por qué?” se traga las etapas anteriores de la acción, y hace una completa unidad de la misma. Las acciones intencionales no son como los granos finos, que no son divisibles en partes. Por lo tanto, las partes del conjunto de acciones son sólo inteligibles porque pertenecen a un orden que encuentra unidad en el todo.

b. La acción intencional es en realidad algo ya hecho, llevado a cabo de acuerdo al orden concebido o imaginado por el agente

La acción intencional no es una acción que se realiza de una manera, modo o estilo determinados.¹² Por lo tanto, no es una acción más “otra cosa”, es decir, una voluntad o un anhelo que es encaminado hacia una acción. La intención no es un elemento adicional; por ejemplo, un pensamiento interior o el estado mental, es más bien algo que se *hizo* o se *produjo* de acuerdo con el orden de las razones que ha sido concebido por el agente. En consecuencia, si la pregunta “¿Por qué?” tiene aplicación a la acción en cuestión, se puede afirmar que la acción es intencional. El sugerir la pregunta “¿Por qué?” es el mecanismo que nos permite identificar si existe una acción intencional. La acción intencional no es los meros movimientos de nuestro cuerpo, ni el simple resultado de las transformaciones de los materiales básicos sobre los cuales se ejerce la acción, por ejemplo, las hojas de té, la tetera, el agua hirviendo. Se trata de un hacer o llevar a cabo que se manifiesta por la expresión de un futuro estado de las cosas, y por el hecho de que el agente *realmente* está haciendo algo o llevándolo a cabo de acuerdo con el orden de razones concebido o imaginado por él.¹³

c. La acción intencional implica conocimiento que es no observacional, pero podría ser asistido por la observación

Si soy un agente que actúa de forma intencional, sé que estoy causando algo, y lo sé sin necesidad de observar cada paso de mi serie de acciones para verificar (efectivamente) que estoy actuando.¹⁴ En el desempeño de mi acción podría ser asistido por la observación, pero yo sé *cuál* es el orden de la serie de acciones y *por qué*. Esta es la esencia del conocimiento práctico. No se necesita una postura teórica hacia sí mismo, una verificación ni la observación de los movimientos del cuerpo para saber que se está llevando a cabo una acción intencional y logrando *algo*. Siguiendo el ejemplo anterior, no es necesario observar que

¹² *Ibidem.*, §20.

¹³ *Ibidem.*, §21-22.

¹⁴ *Ibidem.*, §28-29.

“usted está haciendo té” para saber que tiene la intención de “hacer té”, y que lo está llevando a cabo. Usted pone la tetera y hierve el agua, no se dice a sí mismo “veré que está haciendo mi cuerpo, observaré lo que estoy haciendo”, y luego deducir por los movimientos de su cuerpo que realmente está “haciendo té”. Por supuesto que puede ser asistido por la observación, usted necesita de la vista para poner la tetera en la posición correcta y para verter el agua hirviendo sin derramarla. Pero usted no utiliza la observación y las inferencias de los datos observados para saber que está haciendo té. Por el contrario, cuanto más se necesita esta verificación o postura teórica hacia sí mismo, lo más probable es que su acción no sea intencional, no está controlando la acción y no se guía por el orden de razones. Usted no es un agente en esta ocasión, más bien algo le está ocurriendo.

Las situaciones que tiene la intención de llevar a cabo se encuentran a la distancia, pueden no estar dentro de su vista.¹⁵ Imagine un pintor que pretende realizar una pintura. Él tiene una idea acerca de cómo lucirá la pintura, por ejemplo, cómo se distribuirán los colores sobre el lienzo, y qué temas y conceptos se aplicarán en la pintura. La pintura se encuentra a la distancia, y el pintor no necesita observar los movimientos de su cuerpo y el movimiento de los pinceles para saber *lo que él está pintando* y *por qué* está pintando lo que está pintando. Sin duda, su visión le ayudará a encontrar el color adecuado en el momento correcto, y para dar forma a las figuras en el ángulo correcto, pero su acción intencional no es lo que él observa; no es el resultado de su pintura, sino lo que él realmente está haciendo. Hacemos lo que sucede.

d. Al actuar intencionalmente ejercemos nuestro conocimiento práctico. Podemos entender el conocimiento práctico si comprendemos la estructura del razonamiento práctico

La acción intencional no se encuentra en la mente, no es principalmente un estado mental, no es un pensamiento interno.¹⁶ Más bien se

¹⁵ Ibídem., §29-30.

¹⁶ Ibídem., §21-22, §25, §27-28.

manifiesta públicamente, y dentro de los motivos de interés público que compartimos como seres con ciertas constituciones y pertenencia a un determinado tiempo y lugar. Por ejemplo, comemos comida sana porque es bueno para sobrevivir, nos ocupamos de nuestra familia porque los amamos, evitamos lesionarnos porque nuestro objetivo es disfrutar de las cosas agradables, y así sucesivamente. De forma similar, sabemos que para hacer un pastel se necesita harina, azúcar, huevos y mantequilla. Si veo que usted está mezclando hierba y tierra, y me dice que está haciendo un pastel, entonces puedo afirmar, si considero que se encuentra en su sano juicio (sus capacidades completas), que podría haber un error en su desempeño, o que no entiende lo que es “hacer un pastel”.

Según Anscombe, Aristóteles establece una fuerte analogía entre silogismo práctico y teórico, lo que ha dado lugar a interpretaciones erróneas acerca de lo que es el silogismo práctico.¹⁷ Así como con el silogismo teórico, los intérpretes de Aristóteles a menudo sistematizan el silogismo práctico como teniendo dos premisas, por ejemplo, mayor y menor, y una conclusión. Se dice que, como en el caso del silogismo teórico, el silogismo práctico es una prueba o demostración. La forma típica podría ser como sigue:

La vitamina X es buena para todos los hombres mayores de 60 años
 Las tripas de cerdo están llenas de vitamina X
 Yo soy un hombre sobre los 60 años
 Aquí están las tripas de cerdo

Pero en este caso nada parece hacer algo. Por otra parte, el silogismo práctico a veces es interpretado como teniendo un carácter ético o moral, y estableciendo una forma de demostrar lo que debemos hacer. Siguiendo el ejemplo anterior, la conclusión debería ser “debo comer tripas de cerdo”. Anscombe rechaza este punto de vista ya que los ejemplos de Aristóteles no están en contextos éticos, es decir, “la comida seca es saludable”, “saborear cosas que son dulces” que son agradables. Además, la palabra “debería” (*dei*) tal como aparece en los

¹⁷ *Ibidem.*, §33, §33-34.

textos aristotélicos, tiene un número ilimitado de aplicaciones, y no se refiere necesariamente al contexto ético o moral.¹⁸

Aristóteles insiste en que el punto de partida de cualquier acción intencional es la situación o ese algo que el agente desea, y es deseado porque se le presenta al agente como teniendo características de buen-hacer o como siendo algo valioso. Por ejemplo, el hombre quiere tener la vitamina X porque es saludable. Además, el silogismo práctico no está limitado a dos premisas y una conclusión, puede haber muchos casos intermedios que son parte del silogismo. Después de un análisis detallado, se rompe la analogía entre el silogismo práctico y teórico. A diferencia del silogismo teórico, el silogismo práctico no es una prueba o demostración de una proposición verdadera, ni tampoco es una prueba o demostración de lo que debe hacerse o lo que debemos hacer. Es una forma de *cómo* y *por qué* estamos causando algo cuando *realmente* lo estamos causando.

Anscombe nos presenta un análisis alternativo al silogismo práctico, y una forma diferente de entender el razonamiento práctico. Por lo tanto, la serie de respuestas a la pregunta “¿Por qué?” manifiesta o revela el razonamiento práctico del agente, y nos permite identificar si la acción que el agente está realizando es intencional o no. Sin embargo, nos advierte, que la metodología de la pregunta por qué es tan “artificial” como la metodología aristotélica del silogismo práctico.¹⁹ Cuando actuamos intencionalmente, estamos ejerciendo una clase de razonamiento que no es teórico, y que está basado en un deseo por él, que le parece al agente como constituido por características del buen-hacer. Usted conoce la cosa o la situación que está provocando porque usted desea la cosa o la situación que está provocando, y usted es capaz de desear la cosa o la situación que está provocando porque usted *prácticamente* conoce la situación. Su deseo surge porque usted representa la cosa o la situación a producirse como buena o valiosa. La voluntad y el conocimiento no se separan.²⁰ Por ejemplo, si usted es un pintor, usted sabe cómo y por qué las formas y los colores en el

¹⁸ Ibídem., §35.

¹⁹ Ibídem., §41-42.

²⁰ Ibídem. §36.

lienzo son lo que son, es porque usted desea y considera que la pintura que producirá debe ser de tal color y tal forma. Pero también es cierto que puesto que usted desea y considera *esta y no aquella* disposición de colores y formas, usted es capaz de saberlo *prácticamente*. En consecuencia, la aprobación moral es irrelevante para el razonamiento práctico y para nuestro compromiso práctico con el mundo.²¹ Esto no quiere decir que no haya casos de razones objetivamente justificadas para actuar.

Sea cual sea la estrategia que sigamos para mostrar la estructura de la acción intencional, si se toma el silogismo práctico aristotélico o la serie Anscombiana de acciones reveladas por la pregunta “¿Por qué?”, estamos en condiciones de comprender el mecanismo del razonamiento práctico en sus diversas manifestaciones.

En la siguiente sección voy a argumentar que si Anscombe está en lo correcto, y ambas estrategias son formas “artificiales” de entendimiento,²² entonces una forma más profunda y más “natural” de entender el razonamiento práctico es comprendiendo la naturaleza de la capacidad que es ejercida por el agente. *En otras palabras, las respuestas a las preguntas “¿Por qué?” revelan (muestran) una capacidad que el agente ejerce cuando actúa.* En la próxima sección mostraré que la distinción aristotélica potencialidad/actualidad arroja luz sobre la comprensión del ejercicio y la naturaleza de nuestras capacidades de razonamiento práctico. Además, la distinción potencialidad/actualidad aclara cada una de las características clave de la acción intencional (a, b, c y d) y sus interacciones, como fueron identificadas por Anscombe.

e. Distinción aristotélica entre Acto y Potencia

En contra de Parménides, quien ha argumentado que el movimiento es imposible ya que algo no puede surgir de la nada, Aristóteles promueve la idea de que el movimiento o el cambio es posible si existe una naturaleza subyacente o una característica constante que no cambia. Para explicar esto, Aristóteles recurre a la distinción entre

²¹ Ibídem. §37-38.

²² Ibídem., §41-42.

potencialidad y actualidad. En el libro de la *Metafísica*, libro, Aristóteles usa el método analógico para mostrar que instancias particulares del esquema o la idea de la potencialidad y actualidad tienen un patrón.²³ Así, él comienza con los casos particulares de capacidad/cambio y materia/forma, para explicar los patrones comunes que aclaran el esquema general de potencialidad/actualidad. Sin embargo, dado que nuestro propósito es el de dilucidar el carácter del razonamiento práctico, el cual es una potencia o capacidad, y he dicho que el esquema general de potencialidad/actualidad nos ayudará a aclarar la naturaleza de la razón práctica, volvemos a recurrir al caso particular de capacidad/cambio para explicar la potencialidad/actualidad. Por lo tanto, mejoraré la estrategia argumentativa aristotélica, y explicaré el esquema general de potencialidad/actualidad. Luego, procederé a explicar el caso particular del ejercicio de nuestras capacidades prácticas como actualidad de una potencialidad.

Captar lo que es el “movimiento” es difícil, y muchas definiciones de “movimiento” tienden a usar términos que presuponen movimiento (por ejemplo, en la definición, “salir de la potencia para pasar al acto, el cual no es repentino”, la palabra “salir” presupone movimiento, y “repentino”²⁴ es definido en términos del tiempo, el cual también se define en términos de movimiento). Por lo tanto, este tipo de definición es descartada por Aristóteles, por ser circular y poco útil. Tampoco podemos definir el movimiento en términos de potencia pura, porque si decimos que “el bronce es potencialmente una estatua”, simplemente nos estamos refiriendo a la pieza de bronce, la cual aún no ha sido transformada, y por lo tanto no hay movimiento. No puede referirse al movimiento ni al cambio como lo que en realidad es. Por ende, no se puede referir a lo que ha sido construido o transformado, por ejemplo,

²³ Sigo la interpretación de la *Metafísica* de Aristóteles, adelantada por Frede y Makin. Ver Aristóteles, *Metaphysics* (Oxford: Clarendon Press, Clarendon Aristotle Series, 2006, commentaries and introduction by Makin, S. and Frede, M., “Aristotle’s Notion of Potentiality in Metaphysics”. In: *Unity, Identity and Explanation in Aristotle’s Metaphysics* (Oxford: Clarendon Press, 1994, Scaltsas, T, Charles D. and Gill, M. eds.).

²⁴ ARISTÓTELES, *Physics, Books III and IV* (translated by Hussey. E., Oxford: Clarendon Press, Clarendon Aristotle Series, 1983), p. 284.

un edificio o una estatua, porque no se está moviendo, sino que *ya* se ha movido. En el ejemplo del edificio, los ladrillos, la madera, la arcilla, el cemento del edificio ya han sido movidos; y en el caso de una estatua, el bronce ya ha sido transformado. Así, Aristóteles define el movimiento como una especie de actualidad que es difícil de entender. En otras palabras, *la actualidad de lo que existe potencialmente, en la medida en que existe potencialmente*.²⁵ El movimiento es una actualidad que está incompleta. La idea es difícil de entender, y la tendencia es decir que el movimiento es la actualidad. En el ejemplo de la casa, es la casa la que ha sido construida. La otra tendencia es decir que el movimiento es la privación de algo, es decir, pasar de la nada a algo; de no ser una casa a ser una casa. Por último, la tendencia también es pensar que el movimiento es lo que existe antes –potencialidad–, por ejemplo, los ladrillos, el acero, la madera, el cemento, y así sucesivamente. En contra de estas tendencias, Aristóteles insiste en que el movimiento es lo que ocurre exactamente en el *punto medio*, ni *antes*, cuando nada ha sido movido y es mera potencialidad, ni *después*, cuando algo *ha* sido movido. Por otra parte, el movimiento no es privación, es más bien actualidad constitutiva. Por ejemplo, si el bebé no ha aprendido a hablar inglés, decimos que el bebé es un angloparlante en potencia; cuando un hombre sabe cómo hablar inglés, y está callado, él también es un angloparlante en potencia; y finalmente, cuando el hombre habla inglés, decimos que él en realidad es un angloparlante hablando inglés. Sin embargo, la potencialidad del bebé (p1) es diferente de la potencialidad del hombre que está callado (p2), y el movimiento se localiza en la segunda potencialidad (p2), cuando el hombre está callado, pero empieza a pronunciar una frase para hablar inglés. El movimiento está a mitad de camino y no es privativo, sino más bien constitutivo. No decimos que el hombre angloparlante pasó de no ser angloparlante a ser angloparlante, decimos que él habló inglés después de estar callado (él sabía cómo hablar inglés, pero no estaba ejerciendo sus capacidades).

El anterior ejemplo nos ubica en el dominio del caso particular de capacidad y cambio, como lo ejemplifica la distinción potencialidad/

²⁵ *Ibíd.*, III.1.201a 9-11.

actualidad. Aristóteles sostiene que hay muchos tipos diferentes de capacidad, es decir, capacidad activa/pasiva, capacidad no racional/racional, capacidad innata/adquirida, capacidad adquirida por el aprendizaje/adquirida por la práctica, y capacidad de una vía/doble vía. Las capacidades de doble vía están conectadas a las capacidades racionales, mientras que las capacidades de una vía están ligadas a las capacidades no racionales. Por ejemplo, las abejas tienen la capacidad de polinizar una flor en circunstancias normales²⁶ (circunstancias “normales” quiere decir una abeja sana en una flor adecuada, y la ausencia de circunstancias impeditivas). En el caso de capacidades de doble vía, debe haber un elemento de *preferencia o deseo* de actuar, y el ser racional puede ejercer su capacidad produciendo o generando “p”. Además, también sabe cómo producir o generar “no p”. El ejemplo paradigmático usado por Aristóteles es el de la habilidad médica. El doctor sabe cómo volver saludable al paciente (p), y sabe cómo eliminar la enfermedad o dolencia (no p). Por consiguiente el doctor puede generar dos efectos opuestos.²⁷ Para Aristóteles, tener capacidad racional es tener comprensión intelectual de la forma que será transmitida al objeto de cambio o movimiento. Así, el doctor tendrá un entendimiento de lo que significa estar saludable o libre de enfermedad. Supongamos que un chef está haciendo un pastel. Él necesita entender el orden de la serie de acciones que resultarán en un pastel, y tiene que poseer conocimientos acerca de los ingredientes necesarios y la temperatura del horno. El chef también tiene que saber cómo evitar producir no pasteles, por ejemplo, crepes. Su actuar deberá estar enfocado en hacer un pastel, y en no hacer un no pastel.

En el ejercicio de la razón práctica elegimos actuar,²⁸ y esta elección activa la acción y dirige la capacidad hacia la serie de acciones que se llevarán a cabo. Por el contrario, una capacidad no racional no es autoactivante, sus actos son necesarios. Si la abeja está saludable y no hay obstáculos, polinizará la flor. Por el contrario, los agentes racionales necesitan *elegir o decidir* actuar para producir un resultado.

²⁶ Ver MAKIN, arriba (n 23), p. 43.

²⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica* (n 23), 1046b 4-5, 6-7.

²⁸ *Ibidem.*, libro 5, 1048 A10-11.

Cuando decimos que el doctor tiene la capacidad racional para cambiar al paciente enfermo en un ser humano saludable, decimos que él es el “origen del cambio”. Está curando al paciente y, por lo tanto, está en movimiento, porque realiza sus capacidades de razonamiento práctico para generar el resultado como él lo entiende. Tiene un orden de razones que conectan una serie de acciones y conocimiento sobre cómo producir cambios.

Él es el origen del cambio, porque su conocimiento médico explica por qué ciertos cambios ocurren en situaciones que involucran determinado objeto, por ejemplo, el paciente que sufre de varicela tiene menos granos y menos fiebre. Por ejemplo, el maestro que pretende enseñar y empieza por decir algunas frases sobre el tema de “Jurisprudencia” a sus alumnos, decimos que está enseñando. Él es el origen del cambio en los alumnos, que son el objeto de cambio. Por lo tanto, los estudiantes empiezan a entender el tema y a obtener una comprensión de los conceptos básicos.²⁹ Del mismo modo, cuando los legisladores crean la ley los jueces deciden los casos, ellos establecen normas, directrices y principios, y estas normas, directrices y principios pueden encontrarse en estatutos y en los informes de los casos. ¿Podemos decir que los legisladores y los jueces han llegado al final del proceso? No, no podemos: los estatutos y los informes de los casos no representan el final del proceso ya que los ciudadanos tienen que cumplir con las normas judiciales y las directrices, y ejecutar las acciones según lo previsto por los legisladores y los jueces. Decimos que los legisladores y los jueces son el origen del cambio porque ellos poseen la pericia, y tiene un orden de las razones que permite a los ciudadanos cumplir con las normas judiciales y las directrices. El orden de las razones como características del buen-hacer, fundamenta las normas, las decisiones y las directrices jurídicas. En paralelo a la situación del profesor, no puedo decir que estoy enseñando a menos que mis alumnos comiencen a aprender el tema que estoy enseñando. Así, el legislador no puede decir que está legislando, y el juez no puede decir que está juzgando, en casos paradigmáticos, a menos que haya

²⁹ Makin sostiene que la analogía del profesor tiene la intención de mostrar que la perspectiva teleológica es igualmente apropiada para las capacidades orientadas a otros y las capacidades auto orientadas (n. 23) 198.

alguna ejecución de sus acciones por los destinatarios como ellos lo pretenden.

La distinción entre potencialidad/actualidad aclara la estructura de la razón práctica como una capacidad que es realizada cuando actuamos intencionalmente. Ahora podemos entender que las características de una acción intencional, identificadas por Anscombe, pueden ser aclaradas por la distinción potencialidad/actualidad. La idea de que las primeras etapas de una acción intencional son tragadas por las etapas posteriores, es explicada por la idea de que el movimiento es constitutivo y no privativo. No es que cuando empiezo a actuar lo hago como un ser irracional, y que cuando termino de actuar soy un ser racional; o que paso de la acción no intencional a la intencional; sino, más bien, que voy de ser un ser racional y acción *potencialmente* intencional, a ser un ser racional y una acción intencional *concreta*. Las etapas posteriores comienzan a realizar algo que potencialmente se encontraba allí. Mi razón práctica siempre estuvo allí *potencialmente*, y la acción intencional realiza un orden de ideas suministrado por mi razón práctica. Para Anscombe, la acción intencional es algo en *realidad* hecho, algo provocado según el orden concebido o imaginado por el agente. Si la capacidad práctica se entiende a la luz del esquema general actualidad/potencialidad, entonces la acción intencional implica conocimiento que no es observacional, pero que podría ser asistido por la observación. Al actuar intencionalmente estoy ejerciendo mi capacidad de razonamiento práctico, y esta capacidad está en movimiento. Este movimiento está representado en el punto medio; *después* de que potencialmente tengo la intención de actuar, y *antes* de que haya alcanzado el resultado de mi acción intencional. No es que la formación de una intención de la nada en algo sea un proceso *mágico*. *Es más bien, que potencialmente tengo el poder de la intención, el cual puede ser ejercido en circunstancias adecuadas*. Al estar en movimiento, soy el agente que sabe *qué* está haciendo y *por qué* está haciendo lo que está haciendo, pero si me observo realizando la acción, entonces he detenido la acción.³⁰ No hay acción. No hay más movimiento, ni ejercicio alguno de mis capacidades.

³⁰ Ver VELLEMAN, R, *Practical Reflection* (Princeton: Princeton University Press, 1989).

Por último, Anscombe afirma que al actuar intencionalmente, ejercitamos nuestro conocimiento práctico. Debido a que somos la clase de criaturas que somos, podemos *elegir* o *decidir provocar* una situación en el mundo, y lo hacemos de acuerdo a nuestro orden de razones. El conocimiento práctico está potencialmente en todos los seres humanos, y cuando decidimos provocar una situación o hacer ciertas cosas, entonces realizamos esta potencialidad. Podemos dirigir nuestras acciones para producir cualquiera de dos resultados opuestos, por ejemplo, salud o enfermedad, ignorancia o conocimiento, en oposición a las criaturas no racionales, que sólo pueden producir un resultado bajo circunstancias normales y sin condiciones que lo impidan, por ejemplo, la abeja polinizando la flor. Cabe señalar que tener una capacidad real, tal como el razonamiento práctico y la capacidad de actuar intencionalmente, no significa que pueda Φ , ni que $A(\text{futuro de..})\Phi$ si existen condiciones normales, y no hay elementos impeditivos. En vez de eso, significa que $A(\text{futuro de..})\Phi$, *a menos que sea detenido o evitado*. Por lo tanto, una vez nuestra capacidad de conocimiento práctico empieza a realizarse, se esforzará para producir o hacer lo que A ha concebido. Una vez A decida o elija actuar, entonces una cierta situación se producirá a menos que se impida o se detenga. La acción intencional y el razonamiento práctico no son disposiciones como ser “frágil” o “elástico”, ni son posibilidades de que algo se hará. Son poderes.

Ahora que hemos captado la idea de potencialidad/actualidad como el esquema general para explicar la estructura de la razón práctica, podemos volver sobre el asunto del cumplimiento normativo, el cual plantea un conjunto diferente de dificultades que se tratará en la siguiente sección.

f. Ley Energía: Actuar y juzgar en el Modo Deliberativo

Hasta ahora hemos dicho que una acción intencional es producir cosas o situaciones en el mundo. También podemos decir que existen diferentes tipos de llevar a cabo. Los seres humanos pueden producir casas, relojes, mesas, tazas de té, etcétera, pero también podemos producir normas de etiqueta, normas para juegos, y directrices, normas y principios judiciales. Los legisladores crean normas y

directrices judiciales, y los jueces generan decisiones, de acuerdo con principios, valores y normas subyacentes. Estas normas, decisiones y directrices judiciales son dirigidas a los ciudadanos para que ellos las cumplan. Se supone que sean utilizadas en formas específicas. Cuando un legislador crea una norma, o cuando un juez toma una decisión que implica normas, valores y principios, lo hace ejerciendo sus capacidades prácticas, con la intención de que los ciudadanos cumplan con ellas.

Pero, ¿cómo es este cumplimiento posible? ¿Cómo crean los legisladores y los jueces, normas, valores y directrices judiciales, que tienen el propósito fundamental de orientar las acciones intencionales de otros, y permitirles participar en la generación de cosas o situaciones en el mundo? En otras palabras, ¿cómo operan las capacidades dirigidas hacia otros? Esta es la cuestión que pretendemos explorar en esta sección.

En §2. usé el ejemplo de Dworkin de una caso judicial en particular, donde un juez decide dar indemnización por lesiones psiquiátricas, a pesar del hecho de que en el pasado las decisiones judiciales de compensación eran dadas sólo por lesiones físicas y no por lesiones psiquiátricas. Según Dworkin, el juez ofrece la mejor interpretación posible de lo que es la ley en un caso particular, invocando la integridad dentro de los límites de la interpretación que se adecuen a los últimos materiales judiciales. De acuerdo con los casos anteriores, la pérdida que la víctima ha sufrido debe ser limitada en su alcance por la previsibilidad. Antes he afirmado que esta interpretación, desde el punto de vista de otros participantes en la práctica jurídica, no es necesariamente la mejor. Para algunos participantes, los casos previos³¹ sustentan que el alcance de la lesión no debería limitarse a la previsibilidad; para otros, las ideas acerca de la naturaleza de la responsabilidad por negligencia, debido a faltas de moral, son menos satisfactorias. Por tanto, estos otros podrían argumentar que la mejor

³¹ En el contexto Inglés, consulte *Re Polemis v Furniss, Whithy & Co Ltd* [1921] 3 KB 560; cf. *Wagon Mound No. 1 (Ultramar Tankship UK Ltd v Morts Dock & Engineering Co Ltd)* [1961] UKPC 1.

interpretación posible es no otorgar una indemnización, ya sea por lesión física o psiquiátrica.

Ellos podrían insistir en que esta interpretación encaja mejor en el material jurídico, porque, como en muchos casos, las Cortes toman en consideración el hecho de que podríamos no ser responsables por actos cuyas consecuencias están más allá de nuestro control. La interpretación constructiva no está diseñada para resolver los auténticos desacuerdos entre los participantes de la práctica jurídica. Por el contrario, tan sólo ofrece la mejor interpretación posible según el proceso creativo de “imposición” de valores, propósito y sentido por parte de los jueces en la práctica jurídica.³² No obstante, este proceso teórico-creativo tiene un precio. Si la justificación y la consecuente obediencia de las decisiones de los jueces acarrea hacer la *parte justificatoria de la razón práctica* del agente y su acción, entonces no está claro *cómo una justificación unificada* bajo diferentes interpretaciones constructivas puede ser alcanzada por los diferentes profesionales del derecho.

Si nuestro reconocimiento de la acción intencional es sólido, entonces la obediencia de las decisiones judiciales requiere el compromiso de la voluntad y la ejecución de una serie de acciones a lo largo de un determinado período de tiempo. También requiere que el destinatario sortee cualquier obstáculo que se le interponga en el camino para alcanzar el resultado en función de lo que se ha ordenado. Se requiere que el destinatario ejerza su capacidad racional en la elección de *esta* forma y no de *aquella* de proceder. Mientras que el acusado cumple con las decisiones de los jueces, tiene que hacer juicios sobre cómo hacer *esto o aquello*. El desempeño exitoso, como se pretende, implica el conocimiento sobre cómo proceder a cada paso, con el fin de realizar la serie de acciones que son constitutivas de lo que ha sido decidido por el juez. Esto no puede hacerse a menos que nuestro razonamiento práctico y nuestro actuar

³² Por supuesto, Dworkin admite que la interpretación creativa tiene sus límites dentro del género que se interpreta. Por lo tanto, no todos los valores, significados o propósitos cumplirán con el estándar de una sólida interpretación. Sin embargo, no hay mucha explicación por parte de Dworkin sobre cómo se supone que funcionan estos límites y estándares.

intencional estén involucrados en la realización. En otras palabras, la ejecución exitosa de las órdenes o las decisiones, si son vistas como *justificadas* por el agente, requiere la participación del razonamiento práctico, y por lo tanto, de nuestras intenciones. Además, se requiere una comprensión del *telos* o fin como una característica del buen-hacer de lo que ha sido decidido por el juez.

Debido a que nuestra capacidad de razonamiento práctico es una capacidad de doble vía (§3.2.), el agente tiene que *decidir o elegir* realizar esta capacidad, la cual, previa a la actualidad, es mera potencialidad. Como en nuestro ejemplo anterior (§3.2.), el hablante necesita *decidir o elegir* hablar, con el fin de realizar su potencialidad de hablar inglés. Entonces, el ejercicio de su capacidad de hablar se realiza según cierto conocimiento práctico subyacente, por ejemplo, el orden de las frases, la gramática, el estilo y así sucesivamente. No es el caso que, como una abeja que poliniza una flor sin ninguna decisión o elección por parte de la abeja, el agente hablará inglés y desarrollará su capacidad potencial para hablar. En el caso de las decisiones judiciales, la pregunta que surge es, cómo puede un juez producir o llevar a cabo algo que se acople a las intenciones de los acusados, de modo que se vean actuando de modo *justificado*, y sean capaces de *cumplir* con la decisión. El argumento central es que los jueces tienen la intención de que los ciudadanos cumplan con las decisiones judiciales, y esta intención no es un simple estado mental, como bien lo señala Dworkin. Tampoco es un estado mental que representa una forma de cooperar y trazar planes para lograr un objetivo.³³ Por el contrario, para los propósitos de los jueces (es decir, para involucrar el razonamiento práctico de los ciudadanos, para que sea exitoso), ellos tienen que ejercer su propio razonamiento práctico.

No es que ellos interpreten o impongan creativamente un sentido, valor o propósito a la tosca información conductual y al material jurídico, para construir la mejor interpretación posible de lo que es la ley en un caso particular y lo que es la práctica jurídica. Tampoco es

³³ Ver SHAPIRO, S. *Legality* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011) en un intento por mostrar que los sistemas legales son creados por las intenciones colectivas de los planificadores (los legisladores y los jueces).

el caso que ellos consideren las diferentes *ideas* de lo que es la ley, con el fin de construir el mejor concepto posible. Por el contrario, miran hacia fuera a *lo que* es de valor y *por qué* ciertas situaciones y actos son valiosos. Las causas del comportamiento como los principios y las virtudes que son el fundamento de las normas y las decisiones judiciales, comprometerán el razonamiento práctico de otros, por lo tanto, la facultad de razonamiento práctico de los ciudadanos, o capacidad, se convierte en *actualidad*. Si, como he dicho, nuestros actos intencionales se convierten en *actualidad* por un orden de razones en el comportamiento, y por las acciones, que en última instancia están fundamentadas en las características del buen-hacer, entonces los jueces tienen que concebir el orden de las razones como características del buen-hacer que sustentarán sus normas y decisiones judiciales. Por consiguiente, los jueces adoptarían la postura deliberativa de primera persona, como posición privilegiada de razonamiento práctico, para desentrañar *qué* virtud es requerida y *por qué* es requerida.

En otras palabras, si como juez, usted tiene la intención de que su decisión sea *justificada* y que sea seguida por los destinatarios, entonces usted no puede llevar a cabo esto –es decir, la obediencia– sin pensar, y que representa a sí mismo el subyacente orden de razones. Permítame dar un ejemplo simple. Usted está escribiendo un manual de instrucciones sobre cómo operar una máquina de café. Usted necesita representarse a sí mismo como una serie de acciones y el orden subyacente de razones para guiar a los usuarios de la máquina. Si usted es una persona con cierta experticia, por ejemplo, un fabricante de máquinas de café, entonces el conocimiento práctico que implica el orden subyacente de razones es realizado sin pensarlo o aprenderlo demasiado. Las instrucciones de manejo requeridas se realizan así como un angloparlante nativo habla el inglés, después de estar callado. Por el contrario, si usted no ha hecho más que aprender a escribir manuales de instrucciones para máquinas de café, entonces debe preguntarse “¿por qué el usuario debe hacerlo de esta forma?” en cada paso requerido para hacer funcionar la máquina. Este proceso garantiza el entendimiento del *saber hacer* para operar la máquina, y el éxito del manual se mide por el hecho de que los futuros compradores de la máquina de café sean capaces de operarla.

Cuando los legisladores y los jueces crean directrices y normas judiciales, ellos funcionan como los escritores de un manual de instrucciones, aunque a un nivel más complejo. Tienen que asegurarse de que los destinatarios decidirán o elegirán actuar intencionalmente para cumplir con las normas o directrices jurídicas, y de ese modo, lograr la situación deseada. Pero también deben asegurarse que el orden de las razones es el correcto, para que la situación deseada sea llevada a cabo por los destinatarios. Hemos aprendido que las etapas tempranas de una acción intencional son “tragadas” por las etapas posteriores, y en última instancia por la razón, como una característica de buen-hacer que unifica el conjunto de acciones. De este modo, para los destinatarios con ciertas capacidades racionales y en casos paradigmáticos, la comprensión de las razones fundamentales como características de buen-hacer de las normas y directrices jurídicas, les permitirán decidir o elegir cumplir la norma, y los guiará a través de las distintas series de acciones que son requeridas para el cumplimiento de las normas y las directrices.

Las normas y las decisiones judiciales no existen como las casas, las sillas, las mesas o las tazas de té. Tenemos que comprenderlas para que existan. Pero generamos normas y decisiones judiciales así como creamos las casas, las sillas, las mesas. Producimos estas cosas ejerciendo nuestra capacidad práctica, y somos receptivos a un orden de razones como características de buen-hacer que nosotros, como creadores, formulamos y entendemos. Por lo tanto, los constructores crean casas que son majestuosas o sencillas, elegantes o prácticas, asequibles o lujosas. Para lograr los aspectos deseables de una casa, los constructores tienen que seleccionar materiales y diseños específicos, contratar trabajadores cualificados, y así sucesivamente. De la misma manera, los jueces crean las decisiones judiciales para perseguir una variedad de efectos, por ejemplo, para lograr justicia correctiva o distributiva, seguridad, la protección de los derechos, etcétera. Los jueces ejecutan su razonamiento práctico mediante la creación de un orden de razones en los actos que fundamentarán las normas, de modo que seamos capaces de *comprender la justificación* que se proporciona, y las *cumplamos* porque nosotros realizamos nuestro razonamiento práctico. Al igual que los constructores, los jueces tienen que elegir

los valores, virtudes y derechos que se fomentarán o serán protegidos por sus decisiones. Así mismo, tienen que formular decisiones que tendrán sanciones apropiadas, estar redactadas claramente y seguir los procedimientos para su divulgación. De esta forma hacen que el destinatario de una directriz elija o decida realizar su potencial capacidad de razonamiento práctico para entender la justificación y cumplir con la decisión judicial. Los destinatarios de una decisión y los otros participantes legales, no son como las abejas, que sin decidirlo, y dadas las condiciones normales y la ausencia de impedimentos, polinizarán la flor. Como destinatarios de las decisiones judiciales y como participantes legales, debemos elegir o decidir llevar a cabo situaciones o cosas, según lo previsto por el juez.

Ahora vemos que el modelo de interpretación constructiva no demuestra que el participante legal pueda activar su capacidad de razonamiento práctico ni su entendimiento de la justificación para realizar la acción, es decir, el cumplimiento de acuerdo con la decisión judicial.

Como criaturas racionales somos receptivos a las razones basadas en las características del buen-hacer. El debate sobre potencialidad/actualidad y capacidad/cambio nos muestra que, como seres racionales e intelectuales, tenemos que percibir la “forma” que subyace a las decisiones judiciales.

Dworkin está en lo cierto al decir que la justificación es esencial para la ley como una concepción de la libertad. Sin embargo, la justificación no es un ejercicio teórico, es más bien un ejercicio práctico que implica captar *la forma de la justificación*. La “forma” toma la forma de virtudes y valores que pretenden ser alcanzados por los legisladores, los funcionarios y los jueces. Si se tratara de una cuestión de la mejor interpretación posible, en virtud de la cual el intérprete impone sus valores, sentido y propósitos de la acción, entonces estamos creando algo diferente de lo que la acción y, el agente como razonador práctico, están provocando. La razón teórica y la razón práctica se separan. Por otra parte, en la interpretación constructiva, la realización de la acción, es decir, el cumplimiento, se vuelve totalmente misterioso.

El modelo clásico del razonamiento práctico y la acción intencional también expone la opinión de que, para que una acción sea

controlada, guiada y *justificada* por el agente, las razones deben estar *dentro* de la acción, y por lo tanto, *transparente* para el agente. La interpretación constructiva, por el contrario, es un ejercicio opaco, ya que *cada* participante legal, incluyendo el acusado, es invitado a “imponer” su propio sentido, valor o propósito, en lugar de “mirar” *qué es de valor y por qué debemos valorarlo*. Las respuestas a la pregunta “¿Por qué?”, proporcionan el orden de las razones que garantiza un cumplimiento exitoso de las decisiones como *justificadas* por el agente. Son las *razones en la acción* que tiene el agente. Pero si el orden de las razones es opaco, ¿cómo puede haber una acción, según lo previsto por los jueces, como un orden de razones? Si los valores, el propósito o el sentido de un texto jurídico o de una práctica social tienen que ser “impuestos” y contruidos creativamente por los participantes legales, entonces no hay un único orden de razones, bajo cuya descripción, el participante legal, incluidos los acusados, están realizando la acción. Por lo tanto, la justificación teórico-creativa no desempeña papel alguno en el proceso de la razón práctica del participante legal, y no son más que múltiples interpretaciones teóricas del texto y la práctica jurídica, que no necesariamente pueden ser traducidos en la ejecución de un acto, es decir, la obediencia.

Por otra parte, uno podría afirmar que el juez no es el origen del cambio. Entonces, ¿quién o qué es el origen del cambio? Una posibilidad es decir que el origen del cambio son los factores empíricos externos, por ejemplo, el *mecanismo* del miedo que actúa dentro del agente, los procesos psicológicos del agente, y así sucesivamente. Pero este punto de vista ya ha sido rechazado por Dworkin. La segunda posibilidad es decir que el origen del cambio es la *creencia* en que un cierto propósito, valor o sentido, es la mejor interpretación posible de la práctica jurídica. Sin embargo, esta última posibilidad implica el modelo de estado mental que también ha sido rechazado por Dworkin. Dworkin no tiene una respuesta para la cuestión de la obediencia. Así, dentro del modelo de interpretación constructiva de Dworkin, ¿el *acertijo* sigue sin resolverse?

Sin embargo, he planteado que si nos tomamos en serio la estructura de la razón práctica, entonces el *acertijo* puede resolverse. Recordemos que el objetivo de la interpretación constructiva era proporcionar una

justificación para la coerción del Estado, y el argumento es que, esta justificación sólo puede proporcionarse si el profesional del derecho, incluyendo al acusado, se ve así mismo como un razonador práctico.

CONCLUSIONES

Mi argumento central ha sido mostrar la importancia de la razón práctica en la comprensión de la acción intencional y la justificación en el contexto judicial. He mostrado las deficiencias de la teoría de la interpretación constructiva de Dworkin, y he dicho que malinterpreta lo que son la acción intencional y la práctica social. También pasa por alto el papel principal que desempeña la justificación en la razón práctica de los participantes legales.

Aquino³⁴ nos dice que, cuando usted manda, es un acto de la razón para que se *haga* algo. También añade que un acto de voluntad puede ser ordenado. En el caso intrapersonal, usted mismo puede ordenarse que haga *j*, pero necesita ordenárselo a usted mismo, *a quererlo*. En otras palabras, usted necesita ponerse a pensar acerca de *por qué x* es bueno o debe ser perseguido. *¿Por qué esto no es lo mismo para casos interpersonales?* Las decisiones de los jueces ordenan al acusado y los otros participantes legales a hacer *j*, pero ellos ordenan *quererlo*. Por lo tanto, los jueces deben tomar decisiones basadas en las características del buen-hacer, y no pueden sino preguntarse a sí mismos qué es de valor y por qué. Ellos no participan en un ejercicio teórico de imposición de “valor”, “sentido” o “propósito” en la práctica social, porque la práctica en sí misma tiene una estructura que manifiesta valores, sentidos y propósitos. Consecuentemente, los jueces deben involucrarse en la actividad de decidir lo que es de valor y por qué debemos valorarlo, a fin de producir decisiones y acciones. Los otros participantes legales no imponen valor, propósito o sentido, sino que, más bien, se involucran con la estructura de la práctica y sus características de buen-hacer, es decir, sus valores, significados y propósitos.

³⁴ Aquino, *Summa Theologiae*, (translated by Thomas Gilby, Latin and English text, paperback edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2006), Q17, 5.

REVISANDO LA REVISIÓN PREGUNTA JUDICIAL

Adam Tucker
Universidad de Nueva York

INTRODUCCIÓN

¿Cómo deberíamos probar la legitimidad de la revisión judicial de la legislación? Jeremy Waldron enmarca el problema de la siguiente manera:

El problema es fundamentalmente comparativo. Si... los jueces... revocan la legislación aprobada por los procesos mayoritarios en el parlamento, entonces los poderes de voto de unos pocos jueces se están celebrando a prevalear sobre los derechos de voto de los representantes del pueblo. Para proporcionar una justificación democrática para los jueces que prevalece, uno tiene que mostrar... que tienen más derecho democrático que se afirma en la acción legislativa en cuestión.¹

En esta, que llamaré el enfoque comparativo, la revisión judicial es legítimo si los tribunales son más legítimos que el legislador sobre las cuestiones que son objeto de control judicial mientras que la supremacía legislativa es legítimo si el legislador es más legítimo que los tribunales. Este trabajo argumenta contra el enfoque comparativo de la revisión judicial. En su lugar, se defiende un enfoque alternativo para el problema, que llamaré el enfoque compuesto. La Parte I presenta el enfoque compuesto, establece su credibilidad como un modelo de la autoridad en general y defiende su aplicación en el contexto específico

¹ WALDRON, J. “Una crítica basada en el derecho de los derechos constitucionales” (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 18, p. 44.

de la autoridad constitucional. Parte II propone que, si bien Dworkin no aborda el punto de forma explícita, la mejor manera de entender su defensa de la revisión judicial es un ejemplo de compuesto, en lugar de comparativa, la teorización. Parte III redime lo Waldron etiqueta el argumento “más insidiosa” a favor de la revisión judicial, el argumento de las imperfecciones, y sugiere que se trata de un argumento importante a favor de la práctica del control judicial que se está desarrollando en el Reino Unido contemporáneo constitución.

1. AUTORIDAD COMPARATIVA Y COMPUESTA

El enfoque comparativo

El enfoque de Waldron implica una prueba que nos invita a comparar las credenciales de la legislatura y el poder judicial como las instituciones que compiten por la autoridad. Se hace eco de la afirmación de Joseph Raz que “[u] Una especie de motivo recurrente en contra de aceptar la autoridad de una persona o institución es que hay otra persona o institución con más derecho a

ser reconocido como una autoridad” (una afirmación que creo que trasciende lealtad a vistas más sustantivas de Raz sobre la naturaleza de la autoridad) ² la idea básica que afirma la autoridad de una institución son derrotados cuando otra institución, más legítimo entra en escena ha llamativo atractivo intuitivo. Para Waldron, el tema de la revisión de la Constitución es un ejemplo de este escenario, donde elegimos entre las demandas en competencia de los poderes legislativo y judicial. Y para él, la aplicación de esta prueba da una respuesta convincente; aunque él duda acerca de si deberíamos medir la legitimidad en términos de (lo que él llama) la obtención de resultados o por razones relacionadas con el proceso, sostiene que “el lado legislativo gana a cada formulación de la pregunta”. Es decir, “el núcleo de la causa contra la revisión judicial”: la legislatura es más autoridad que los tribunales democracia tan mayoritaria es preferible la revisión.³

² RAZ, J. *The Morality of Freedom* (Clarendon Press, 1986) p. 57.

³ WALDRON, J. “El corazón del caso en contra de la revisión judicial” [2006], *The Yale Law Journal*. pp. 1346-1376.

Este enfoque constitucional al problema es ampliamente influyente. Desacuerdos con Waldron generalmente se involucran con su aplicación de la prueba comparativa en vez de reconsiderar la idoneidad de la prueba en sí misma.⁴ Y la literatura sobre la Ley de Derechos Humanos, por ejemplo, está dominada por las discusiones que se centran en las capacidades relativas de los tribunales y el parlamento participa con éxito en las controversias de derechos humano.

Una consecuencia importante del enfoque comparativo de la autoridad constitucional, que vamos a revisar a continuación, es que implica que debemos rechazar lo que llamaré el argumento imperfecciones, un argumento que Waldron despide como el argumento “más insidiosa” a favor de la revisión de la Constitución. El argumento imperfecciones afirma simplemente que la revisión constitucional puede ser legítima cuando funciona con el fin de proporcionar una protección contra las imperfecciones que inevitablemente afectan a las legislaturas de la vida real. Despido de Waldron del argumento imperfecciones se basa en la afirmación de que ‘la imperfección de una institución... no va camino hacia justificando la imperfección de otra consecuencia’⁵. Concluye que todo lo que las imperfecciones de la legislatura, “la toma de decisiones sobre cuestiones de gran importancia por una pequeña elite que quita poder a las personas o a su electos y representantes rindan cuentas va a marcar más baja que la toma de decisiones por parte de las personas o su elegido y responsables de representarles’⁶. Jeffrey Goldsworthy desarrolla un argumento similar. “La toma de decisiones por las legislaturas... es

⁴ La mayor parte de los escritos de réplica en el núcleo del caso son réplicas a este tipo de argumento. Para ejemplos particularmente claros ver KAVANAGH, Aileen. “Participación y Revisión Judicial: Una Respuesta a Jeremy Waldron” (2003) 22 *Derecho y Filosofía*, pp. 451-486 y LEVER, Annabelle. “Democracia y Revisión Judicial: ¿Son realmente incompatibles?” (2009) 7 *Perspectivas sobre la Política*, 805.

⁵ WALDRON, p. 45.

⁶ *Ibidem*.

sin duda imperfecta”, admite, “pero los jueces también son falibles”⁷. Y la crítica de Richard Bellamy de la revisión judicial está animada por una preocupación similar:

En la defensa de los tribunales como correctivos para los errores de los ejecutivos y legislaturas democráticamente elegidas y responsables, es necesario tener en cuenta los errores que los tribunales también harán. La pregunta clave debe ser si los tribunales poseen cualidades prácticas y normativas que les hacen más propensos a defender los derechos y hacerlo de una manera más justificada que los sistemas democráticos pueden hacer.⁸

Es importante señalar que estos argumentos son aplicaciones directas del enfoque directamente comparativo descrito anteriormente. Anotan la toma de legitimidad de los tribunales y la legislatura decisión y comparar los dos resultados. Incluso si la legislatura es imperfecto, Waldron, Goldsworthy Bellamy están discutiendo, los tribunales son menos perfecto todavía, por lo que el argumento de las imperfecciones “todavía no es un argumento a favor del poder judicial”⁹. Esto se hace eco de algunos comentarios anteriores de Alexander Bickel, quien observó que “nada en los... complejidades y perplejidades del sistema... puede alterar la realidad esencial que [constitucional] crítica es un institución desviada.”¹⁰

El problema es que el enfoque comparativo nos lleva a aplicar la prueba equivocada. La legitimidad de la revisión de la Constitución no es una cuestión de legitimidad comparativa en absoluto. Debido a que la autoridad constitucional es un ejemplo de lo que llamaré compuesto en lugar de autoridad comparativa.

⁷ GOLDSWORTHY, J. *La Soberanía del Parlamento: Historia y Filosofía* (OUP, Oxford 1999) 262 Se supone que significa más falible todavía, para que su argumento sea un argumento en contra de la revisión constitucional.

⁸ BELLAMY, R. “Democracia como Ley Pública: el caso de los Derechos Constitucionales” [2013] *German Law Journal*, 1017, 1030.

⁹ WALDRON, p. 45.

¹⁰ BICKEL, A.M. *La rama menos peligrosa: la Corte Suprema en el bar de la política* (2ª ed Yale University Press 1986.), pp. 18-19.

Presentación de Autoridad Compuesta

Una autoridad compuesto es una autoridad que combina múltiples individuos o instituciones en una sola autoridad que es más legítimo que las partes que actúan solos serían de otro modo. De esta manera, una actuación autoridad de otro modo legítimo en conjunción con una autoridad de otro modo menos legítimo (o incluso totalmente ilegítimo) puede ser una disposición de más legítimo que cualquiera de las autoridades putativo actuando solo. Si la autoridad constitucional es una instancia de la autoridad compuesto, entonces esto tiene dos consecuencias importantes para nuestra evaluación de la legitimidad de la revisión constitucional. En primer lugar, la pregunta de Waldron es la pregunta equivocada; nosotros no deberíamos preguntarnos si el poder legislativo o el poder judicial es más legítimo sino si cualquier combinación de ellos actuando juntos es más legítimo que cualquiera de ellos por sí solo. En segundo lugar, se abre la posibilidad de abrazar Waldron de (en mi opinión) argumentos convincentes acerca de la autoridad relativa de los tribunales y la legislatura, mientras que deja abierta la posibilidad de una revisión constitucional.

El problema es que todo esto suena, en esta formulación introductoria, ya sean inverosímiles o excesivamente vagas. Un ejemplo más concreto es suficiente, espero, para establecer la plausibilidad de la idea de las autoridades compuestos. Ese ejemplo de autoridad paternal¹¹. Supongamos que mi esposa es un mejor padre de lo que soy, de tal manera que sus cualidades como madre significa que ella tiene un mejor derecho autónomo a la patria potestad sobre nuestros hijos que yo. En la aproximación directa comparativa de Waldron, debemos concluir de esto que ella se merece la supremacía en la toma de decisión de los padres. Y este sigue siendo el caso si yo estipulo, además, que hay formas en que puedo contribuir a nuestro ejercicio de la autoridad parental, incluidas las formas que en ocasiones implica que puedo reemplazar o anular las decisiones de mi esposa, que significan que nuestra (o compuesto) autoridad combinada es mayor aún

¹¹ Tenga en cuenta que yo no pretendo sugerir que la paternidad es del todo, ni siquiera principalmente, sobre el ejercicio de la autoridad. Estoy jugando sólo en un sentido que es al menos en parte, una cuestión de autoridad, y que esa parte de ella es capturada por mi discusión.

que su autoridad individual. Hay un número de maneras en que esto puede ser el caso sin socavar mi estipulación de que ella es un bien mejor padre que yo. Podría, por ejemplo, la conozco lo suficientemente bien como para haber desarrollado un sentido particularmente agudo cuando se ha cometido un error, o es probable que cometa un error, a pesar de que no soy tan bueno en ella en lo que la sentencia de primera orden sobre el cual ella está equivocada. En este caso, sería mejor para nuestros hijos si estuvieran sujetas a la autoridad de mi esposa, excepto cuando tengo la sensación de que ella se equivoca, y debemos organizar nuestras prácticas de crianza en consecuencia. O, podríamos hacer un mejor trabajo al discutir cuidadosamente nuestro enfoque y nuestra toma de decisiones con el fin de mejorar en los puntos de partida esencialmente proporcionados por ella, pero refinados a través de la discusión, el diálogo y la reconsideración. Aquí, de nuevo, sería mejor para nuestros hijos si estuvieran sujetas a una versión refinada de la autoridad de mi esposa, mejoró a través de mi participación, y debemos organizar nuestras prácticas de crianza en consecuencia. En otras palabras, en ambos casos (y en muchas otras posibilidades que podríamos imaginar) podemos ser una autoridad mejor que la suma de nuestras partes, y es plausible que la disposición que nos hace así es el que hace que el espacio para mí, el padre incompetente, hace caso omiso de mi esposa, el padre competente, en la ocasión.

De manera más general, esto nos advierte sobre la posibilidad de que incluso si llegamos a la conclusión de que el tribunal es menos legítimo que el legislador puede haber maneras que podemos arreglar las dos instituciones, incluidos los métodos que implican el corte que tiene ciertos poderes para anular la legislación, ese resultado en un gobierno que es aún más legítima que la (por hipótesis) bastante legislatura legítimo actuar libre de interferencia judicial. Y la autoridad política me parece un tipo de autoridad que nosotros debemos tomar en serio esa posibilidad.

Autoridad Política Compuesta

El objetivo último de la teoría política es la legitimidad del Estado (en su conjunto), frente a sus ciudadanos. Esto significa que el debate sobre la legitimidad de las instituciones individuales aisladamente

de otras instituciones del Estado es (si acaso) de única preocupación intermedia. Es interesante en la medida en que nos dice algo acerca de la asignación adecuada de autoridad entre las instituciones; en términos simples: todo lo demás es igual, las instituciones deben asignar autoridad para las cosas que saben hacer bien, así que por supuesto tenemos que examinar en que son buenas las instituciones¹². Pero no (ni siquiera cerca) agotan las preocupaciones de teoría política para establecer en términos generales, donde diferentes esferas de autoridad deben mentir. La autoridad del Estado es una función de las características del Estado en su conjunto. Y encontrar la mejor manera de organizar sus instituciones necesariamente implica considerar si hay maneras de que sus actividades se pueden combinar, coordinarse o dispuestos de manera que su autoridad general es más que la suma de sus partes.

En otras palabras, la autoridad constitucional es una instancia de la autoridad compuesto. Así que la revisión judicial puede ser un acuerdo legítimo, incluso si los tribunales son, como Waldron argumenta persuasivamente, menos legítimo que el poder legislativo. Con el fin de elegir entre la supremacía legislativa y judicial, deberíamos estar comparando la legitimidad global de los posibles arreglos institucionales cada tomada como un todo, uno contra el otro. La pregunta que debemos hacernos es si un sistema de supremacía legislativa es en general más o menos legítimo que un sistema con un elemento de la revisión judicial. Y esta es una pregunta más matizada y profunda de lo que pregunta si, tomados individualmente, los tribunales o el Parlamento son más legítimos en cualquier esfera dada.

2. DWORKIN SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL

Con este marco conceptual en su lugar, ahora estamos en condiciones de considerar cuál de los dos enfoques que he esbozado Dworkin adoptó en su defensa de la práctica del control judicial. Por lo que yo sé, nunca se dirige explícitamente el punto. Y la tarea de excavar su enfoque subyacente se complica por el hecho de sus discusiones sobre

¹² Véase, por ejemplo, BARBER, N.W. "Preludio a la separación de poderes" (2001) 60 *Cambridge Law journal*, pp. 59-88.

la legitimidad tienden a ser anidado dentro discusiones de otra cosa. Por ejemplo, la introducción de la Ley de la Libertad, es (famoso) en el contexto de una discusión sobre la relación entre la revisión judicial y la democracia; y la discusión de la Igualdad en Política de Soberanía La virtud está previsto sólo como “una especie de recapitulación” en una discusión que está muy centrado en cómo “el principio abstracto [de la igualdad] lleva a la... distribución del poder político”¹³. En contraste con el trabajo de Waldron en la revisión judicial, las discusiones sobre el tema de Dworkin no tienden a abordar de frente.

El Principio / Política Distinción

Aún así, la distinción de Dworkin entre principio (que se asocia con el poder judicial) y la política (asociada a la legislatura) proporciona un punto de partida prometedor para descubrir la comprensión de Dworkin de los fundamentos del problema. Esta distinción parece invitarnos a comprender Dworkin como la participación en el enfoque comparativo, la asignación de cuestiones de principio a los tribunales y las cuestiones de la política a la legislatura sobre la base de que estos son los que hace bien cada institución. Es común encontrar lecturas de Dworkin que adoptan esta comprensión. Christopher Wolfe, por ejemplo, parece atribuir el enfoque comparativo de Dworkin cuando dice que “Dworkin parece decir que las decisiones judiciales sobre los derechos son superiores a las decisiones legislativas, simplemente porque son más de principios.”¹⁴ Igualmente, Michael McConnell parece relacionarse con Dworkin por motivos comparatista cuando objeta caso de Dworkin de revisión judicial, señalando que “[o] nuestras instituciones representativas, a pesar de sus defectos, todavía representan la voluntad del pueblo bastante bien, y mejor que cualquier otra alternativa que viene a la mente.”¹⁵

¹³ DWORKIN, R. *La virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad* (Harvard University Press 2000), pp. 208 y 165.

¹⁴ WOLFE, C. “Tres Teorías contemporáneas de la Revisión Judicial: Una revisión crítica” (1985) 15 *La Ciencia Política Crítica*, pp. 215, 228.

¹⁵ MCCONNELL, Michael W. “La importancia de la humildad en la Revisión Judicial: Un comentario sobre la lectura moral de Ronald Dworkin de la Constitución” (1996) 65 *Fordham Law Review*, pp. 1269, 1291.

Por otra parte, Dworkin parece, aunque sea indirectamente, a adoptar el enfoque comparativo en su discusión sobre la conveniencia de la revisión judicial de la Igualdad Política. Aquí, sostiene que “el constitucionalismo es una mejora en la democracia, siempre y cuando, pero sólo en la medida, su jurisdicción se limita a cuestiones de elección insensible de principio”, donde las decisiones de elección insensibles son aquellas cuya solución correcta es independiente de las preferencias de los miembros de la comunidad política¹⁶ y esto parece (aunque esto no está claro, y ciertamente no se hace explícito) para estar en la base de que los tribunales son mejores que las legislaturas a decidir esas cuestiones, mientras que las legislaturas son mejores que los tribunales al decidir otras cuestiones (que es: temas sensibles todos elección, y la elección de temas poco sensibles de la política).

Este estudio inicial sugiere que Dworkin parece invitarnos, a través de la distinción principio / política, que le leyerá como teórico comparativo, que esto es a menudo cómo la gente le leen, y que respalda esta lectura ambigua en sus declaraciones al final de Igualdad política. Pero las cosas parecen muy diferentes si dirigimos nuestra atención a la discusión más directa de la cuestión de la legitimidad de la revisión judicial cuando pregunta, considerando todas las cosas, ¿es necesario Bretaña Una Declaración de Derechos?¹⁷

¿Qué Necesita Bretaña...?

Aquí, Dworkin respaldó la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Unidos. Sus propuestas eran flexibles, y la eventual promulgación de la Ley de Derechos Humanos en 1998 fue (en términos generales), en consonancia con la posición que replantear. Nuestra pregunta es si, argumentó (1) que los jueces británicos harían un mejor trabajo de proteger los derechos que el Parlamento no (que sería un enfoque comparativo); o (2) que la democracia británica sería, en general, ser más saludable si los jueces tenían algunos poderes adicionales (lo

¹⁶ DWORKIN, R. *La virtud Sovereign*, pp. 209 y 204.

¹⁷ DWORKIN, R. *La ley de la libertad: la lectura moral de la Constitución de Estados Unidos* (Oxford University Press 1999) cap. 18.

que sería un enfoque compuesto). La segunda opción es más fiel a los argumentos que desarrolla Dworkin. Su argumento central era que el compromiso del Reino Unido a los derechos fundamentales se había deteriorado en las últimas décadas, y que la incorporación de la Convención sería invertir el descenso. Pero tenga en cuenta que el argumento no requiere ningún compromiso que el poder judicial son superiores al Parlamento en materia de derechos y Dworkin no defiende dicha posición mientras se articula su argumento.

Sostiene, por ejemplo, que “la esencia de la libertad es... una actitud: que las libertades tradicionales son tan cruciales para la dignidad humana que... el gobierno debe asumir la responsabilidad de demostrar que cualquier interferencia con cualquier parte de las libertades fundamentales son realmente necesarias...”¹⁸. Tenga en cuenta que esto no requiere que los tribunales sean superiores a la legislatura en materia de derechos fundamentales. Se requiere sólo que ellos tengan el poder efectivo para alentar al gobierno a demostrar la necesidad de disposiciones que interfieren con los derechos fundamentales. En esta cuenta, la incorporación no es deseable, ya que podría cambiar el poder de toma de decisiones de la judicatura. Es deseable, ya que facultaría al poder judicial para ayudar a la legislatura a hacer su trabajo mejor.

En una línea similar, Dworkin se queja de que “el gobierno británico ha tratado muy a menudo la libertad como una mercancía más, para ser disfrutado cuando no hay precio político, comercial o administrativa concreta a pagar por ello, pero abandonado, sin ningún dolor evidente, cuando el precio comienza a subir.”¹⁹ Una vez más, esto no requiere que los jueces sean más legítimos que el legislador sobre cuestiones de derechos. Más bien, se supone que una legislatura que corre el riesgo de “pena” (en la forma de escrutinio judicial de sus promulgaciones) si se sacrifica la libertad es menos probable que lo hagan; en otras palabras, los tribunales pueden ser instrumentalizadas para hacer que la legislatura haga su trabajo mejor de lo que de otra manera.

¹⁸ DWORKIN, R. *La ley de Libertad*, p. 353.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 354.

Y, en el pasaje más compuesta expresamente de su argumento, Dworkin reflexiona sobre (lo que él llama) “[e]l deprimente historia” de “asalto a la libertad de expresión” del gobierno de Thatcher:

“Los políticos muy probablemente han actuado de manera diferente en cada uno de estos casos, si el artículo 10 de la Convención Europea había sido parte de la ley británica, y la perspectiva de la intervención judicial habían sido inmediata y cierta y no especulativo y retrasado. La democracia británica, obviamente, se han fortalecido, no debilitado como resultado”.

He aquí, pues, la “perspectiva de una intervención judicial” se aprovecha como una forma de mejorar la autoridad de no judicial actores políticos de presión de los tribunales en el parlamento puede hacer el Estado más legítimo que sea institución podría estar solo Así que el argumento de Dworkin es la siguiente: si le damos a los jueces la facultad de revisar la legislación (aunque sea muy limitado) esto tendrá el efecto de mejorar la forma en que el Parlamento desempeñe sus funciones legislativas. En otras palabras, un compuesto del Parlamento y los jueces será más legítimo que el Parlamento actúa solo, incluso si el Parlamento por sí solo sería más legítimo que el poder judicial actúa solo. Los jueces no tienen que pasar el examen comparativo con el fin de figurar en el cuadro que pinta Dworkin. Debido a que es una imagen compuesta de la autoridad constitucional en el Reino Unido.

Además, podemos ser más precisos acerca de qué tipo de argumento compuesto está defendiendo Dworkin. Se trata de una versión del argumento imperfecciones. Él aboga por el aprovechamiento de los tribunales como una forma de mitigar una imperfección en la legislación. En la versión de Dworkin del argumento, la imperfección ser blanco es el desprendimiento del Parlamento a partir del compromiso profundo con preguntas acerca de los derechos fundamentales, y esto se mitiga mediante la potenciación de los tribunales de una manera que ayuda a deshacer este desprendimiento no deseado.

Este enfoque de la justificación de la revisión constitucional en la Constitución del Reino Unido todavía resuena hoy. Todavía es la mejor justificación para la práctica del desarrollo de la revisión judicial de la legislación, pero el contexto ha cambiado ligeramente. Dónde Dworkin

identificó el problema de insuficiente atención a los derechos fundamentales, el desarrollo de la revisión constitucional también puede ayudar a mitigar otro problema, dominio del ejecutivo de la legislatura. De hecho, los desarrollos constitucionales contemporáneos pueden entenderse y explicarse, de forma compuesta, como una respuesta a esta imperfección particular, en el sistema político del Reino Unido.

3. IMPERFECCIÓN PARLAMENTARIA

Dos fuentes de dominio del ejecutivo

El parlamento es obviamente imperfecto. Algunas imperfecciones son generales para todas las legislaturas modernas; que son atendidas por los seres humanos falibles, que están sobrecargados de trabajo y su elemento participativo es siempre debilitar los mismos mediante representación. Sin embargo, dos particularidades distintivas al Parlamento de Westminster –el primero más allá del sistema electoral de correos y la fortaleza del sistema de disciplina del partido– se combinan para generar una imperfección particularmente significativa en su legitimidad legislativa. Primero en pasar el poste atenúa la legitimidad del parlamento por violar la igualdad política de 2 maneras: devalúa los votos de los que viven en los asientos de seguridad (para efectivamente cero) y devalúa los votos de aquellos que votan que no sea para el partido ganador mediante la distorsión de la aritmética al asignar asientos. Hay buenas razones para ello, que funcionan como bien establecidas justificaciones constitucionales para la retención del sistema: (En general) por el aumento de la probabilidad de un partido ganando una mayoría absoluta que garantiza un gobierno estable e intencionado y reduce la posibilidad de los compromisos inherentes en el gobierno de coalición. Tenga en cuenta, sin embargo, que estas no son razones de legitimidad. Son compensaciones con legitimidad. La disciplina de partido exacerba esto reduciendo la eficacia deliberativa y contestataria de la Cámara de los Comunes. Hace que los debates menos plenamente argumentaron que de lo contrario serían. Una vez más, hay buenas razones para ello. Pero no son razones de legitimidad autoritaria. Así que el sistema de Westminster es una renuncia, donde la legitimidad política se sacrifica para otras cualidades deseables en

el gobierno. La autoridad del Parlamento se hace menos perfecta en la búsqueda de estas otras cualidades.

Cláusulas de suspensión

Esto prepara el escenario para el desarrollo de un argumento a favor de la revisión constitucional en la Constitución del Reino Unido, que tiene la misma forma que, pero tiene diferentes sustancias a las imperfecciones de Dworkin argumento basado en la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos. La disciplina y el sistema de partido electoral combinada significa que el Parlamento de Westminster está excesivamente dominado por y deferente a las preocupaciones de la ejecutiva. El resultado de esto es que hay decisiones que el legislador está limitado en lo que puede hacer legítimamente: decisiones a (más) poder legislativo legítimo podría hacer que no están abiertos a nuestra legislatura. El ejemplo clave de esto es la promulgación de cláusulas sustraiga a la competencia de los tribunales sobre la acción ejecutiva.

¿Es apropiado para eliminar ciertas áreas de la acción ejecutiva de la supervisión judicial? Claramente, la respuesta es sí. Y, por otra parte, se trata de una cuestión de moralidad política de tal manera que la mejor institución calificada para decidir nuestra postura sobre el tema es el Parlamento. Pero las imperfecciones discutidas anteriormente significan que nuestro Parlamento no puede participar plenamente, legítimamente, con esta pregunta. Decisiones que tome para derrocar la supervisión no son decisiones que legítimamente puede hacer. Esto es de lamentar, no celebración (América es mucho más saludable que aquí, tal vez). El reto es cómo dar cuenta de que en nuestros acuerdos constitucionales. La respuesta es a los tribunales a la policía que la imperfección.

Los tribunales han adoptado tradicionalmente una actitud muy robusta a cláusulas de suspensión. Esta actitud es más claramente manifiesta en la decisión de la Cámara de los Lores en *Anisminic v FCC*²⁰ y puede también encontrar (pero menos enfáticamente así) en

²⁰ *Retribuciones Anisminic v. Exterior* [1968] UKHL 6, [1969] 2 AC 147 *Anisminic Ltd v Comisión de Indemnización de Relaciones Exteriores* es muy

Padfield v Ministro de Agricultura.²¹ Para algunos comentaristas, su resultado es un límite a la competencia legislativa del Parlamento:

Desde Padfield, ¿no ha quedado claro que el Parlamento no puede dar a los ministros una discrecionalidad sin trabas a fin de aislarlos de escrutinio judicial? Desde Anisminic, tiene de no ser claro que el Parlamento no puede prever una cláusula de expulsión aislante de una autoridad pública de la revisión judicial de un error de Derecho²²

Esto exagera el efecto de las decisiones en Anisminic y (especialmente) Padfield. Confunde lo que podríamos llamar constitucionalismo oculto con el constitucionalismo abierto. En Anisminic el tribunal eludió, supuestamente a través de la implementación de exigentes técnicas interpretativas, una cláusula de expulsión en clara contravención de la intención del Parlamento con el fin de retener la jurisdicción para revisar las decisiones de un órgano ejecutivo. Padfield era menos clara. En lugar de ser necesaria para la decisión que nos ocupa, el ingenio en este caso fue (y esto es familiar) en forma de una amenaza en un *obiter dicta*. Señor Upjohn no se dejó impresionar por la afirmación de un ministro que una ley (que usa tal palabra) le había dado una discrecionalidad sin trabas; tan impresionado que aclaró que “el uso de ese adjetivo, incluso en una ley del Parlamento, no puede hacer nada para destrabar el control que el poder judicial tiene sobre el ejecutivo, a saber, que en el ejercicio de sus poderes éste debe actuar legalmente”. En otras palabras, él anunció que los tribunales, si enfrenta a la oportunidad, interpretar cualquier poder expresamente “sin restricciones” conferido por el Parlamento el ministro de ser sin restricciones, salvo con respecto a las trabas impuestas por el derecho

importante en la Cámara de los Lores de decisiones en el ámbito del derecho administrativo Inglés, estableciendo, en particular, que cualquier error de derecho cometido por un organismo público tomará su decisión una nulidad y que una cláusula de exclusión estatutaria no privaría a los tribunales de su jurisdicción de revisión judicial a menos que se diga expresamente en este.

²¹ R v Ministro de Agricultura y Pesca ex p. Padfield [1968] UKHL 1, [1968] AC 997 El Ministro se negó a realizar una acusación, por tener miedo de una mala publicidad.

²² BOGDANOR, V. “Encarcelado por una Doctrina: La defensa moderna de la soberanía del Parlamento” (2011) 32 *Oxford Journal of Legal Studies* 179, p. 13.

administrativo. En conjunto, estas decisiones presentes dos caras de la misma moneda.

Ascienden a la posición constitucional firmemente establecido que los tribunales van a reaccionar a cualquier intento parlamentaria para eliminar la acción gubernamental de supervisión judicial con hostilidad interpretativa, que es mediante la interpretación de tales disposiciones tales que fallan, incluso si ello es contrario a la intención del Parlamento en aprobación de la Ley. Anisminic, en particular, es indignante leer. Sólo tiene sentido si no se toma en serio. Estoy seguro de que un caso que hizo justicia a las declaraciones del Señor Upjohn en Padfield sería demasiado. Y esto se debe a que el juego de manos que se emplea es tan dolorosamente obvio. Pero el mal juego de manos sigue siendo un juego de manos. Y el juego de manos en Anisminic (y Padfield) es sólo un éxito suficiente para abrir una brecha entre las apariencias constitucionales (respeto de la intención del Parlamento expresada a través del lenguaje de la interpretación fiel) y la realidad constitucional (una determinación de interpretar de una manera determinada, cualquiera que sea la intención del Parlamento). El equilibrio inestable del constitucionalismo oculta mantuvo durante cuarenta años. Fue roto por la publicación de s108A del proyecto de ley que se convirtió en la Nacionalidad, Inmigración y Asilo Ley 2002. Este pretendía excluir la técnica judicial de la lectura hasta cláusulas de suspensión y por lo tanto hacer que sea imposible para el poder judicial para evadir la cláusula de expulsión sin dar el paso de la inaplicación de una ley del Parlamento. Fue un intento de forzar a la judicatura a elegir entre su hostilidad a desahucios y su fidelidad a la soberanía parlamentaria.²³ Y en el caso posterior (y sin relación) de Jackson, una minoría de los jueces indicó que estarían a favor de la antigua forma²⁴.

Jackson Lord Steyn ha sugerido que “en circunstancias excepcionales que impliquen un intento de abolir la revisión judicial o la función normal de los tribunales, la Corte... puede que tenga que considerar si se trata de un derecho fundamental constitucional que

²³ La historia es contada maravillosamente en Richard Rawlings, ‘Revisión, Revenge y Retreat’ (2005) 68 La revisión de la ley 378-410 Moderno.

²⁴ Jackson v. Fiscal General [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.

incluso un Parlamento soberano que actúa a instancias de una casa complaciente de los Comunes no puede abolir.”²⁵ Lord Hope negó explícitamente la doctrina de la soberanía parlamentaria y esbozó una declaración puramente de principio de posibles límites en el Parlamento con referencia al estado de derecho como una defensa contra el gobierno arbitrario, aunque no dio ilustración de la posible explotación de tales límites²⁶. Y aunque la Baronesa Hale no negó explícitamente la doctrina de la soberanía parlamentaria que hizo dar un ejemplo estrecha de una puesta en acto los tribunales pueden rechazar (extirpación de la actividad gubernamental que afecta a los derechos individuales de todo control judicial), articular su base (la prevención de la subversión del Estado de Derecho) y expresar cierta apertura hacia el desarrollo de una mayor instancia²⁷.

Este desarrollo amenazado tiene necesidad de justificación, y que la justificación es proporcionada por el modelo compuesto de la autoridad constitucional. Sería legítimo que los tribunales para participar en el tipo de revisión judicial se describe en estos pronunciamientos no porque sean superiores al Parlamento sobre la cuestión del alcance adecuado de los desahucios del poder ejecutivo, sino porque su intervención mitiga una imperfección sustancial de la legitimidad del parlamento de tal manera que el estado en su conjunto es más legítimo con su intervención de lo que sería sin él. Los términos del debate han cambiado desde la intervención de Dworkin, pero su enfoque sigue ofreciendo la mejor manera de hacerle frente.

²⁵ JACKSON, p. 102.

²⁶ *Ibidem.*, pp. 104-107.

²⁷ *Ibidem.*, p. 159.

RONALD DWORKIN Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. UNA REFLEXIÓN BREVE

Manuel Jesús Rodríguez Puerto
Universidad de Cádiz

1. PRESENTACIÓN

La posible innovación del ordenamiento por parte de los jueces es uno de los problemas más complejos con los que se enfrenta la teoría jurídica. Las páginas que siguen no pretenden responder a esta cuestión ardua que ha hecho brotar un número muy considerable de reflexiones, sino tan sólo esbozar una visión del asunto a partir de algunas consideraciones de Ronald Dworkin. Aunque la obra de Dworkin presenta una complejidad considerable debido a un escaso afán de sistema y al carácter recopilatorio de algunos de sus libros, a lo largo de su vida este iusfilósofo americano ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, y su posición ha sido aparentemente clara. No obstante, un acercamiento detenido a sus escritos deja traslucir cierta ambigüedad que confiere especial interés a este tema.

2. LAS POSTURAS CONTRARIAS

Dworkin se preocupa en primer lugar por exponer qué explicaciones de la labor judicial rechaza. Uno de sus enemigos intelectuales es el Positivismo jurídico, y eso también resulta patente en este problema. Es preciso recordar que bajo la etiqueta del Positivismo podemos englobar formas un tanto diferentes de concebir la realidad jurídica, de tal manera que no resulta posible intentar ofrecer ahora una

definición. A modo introductorio, Dworkin nos indica que para el Positivismo sólo existe Derecho en virtud de una decisión o acto humano, bien sea un mandato expreso o un acto pasivo de aceptación¹.

Una de las versiones positivistas criticadas es la que él denomina *plain-fact view*, que se asemeja considerablemente al denominado positivismo “legalista”. Según la teoría del *plain-fact*, el Derecho se identifica con una serie de decisiones tomadas por las instituciones jurídicas -legislatura y tribunales. En consecuencia, las cuestiones jurídicas deben ser resueltas mediante la lectura de los documentos en los que figuran tales decisiones y su posterior aplicación. Si existe una laguna en ese material, el juez está legitimado para actuar discrecionalmente y crear Derecho nuevo². Esta explicación va referida al positivismo legalista desarrollado en el mundo anglosajón. Recordemos que John Austin entendía que el Derecho no era sino un conjunto de mandatos procedentes del soberano que el juez debe aplicar³. Sin embargo, Austin reconocía que a veces la ley era insuficiente y en tales casos, el juez debía decidir como si fuera el legislador. La juridicidad de dicha decisión provenía de una delegación del poder soberano⁴. Es una línea parecida a la adoptada por H.L.A. Hart, cuando se refiere a la “textura abierta” del Derecho y a sus “zonas de penumbra”, aunque existen sensibles diferencias entre ambos autores⁵.

¹ Cfr. DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass. / London, Harvard University Press, p. 131.

² Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*. Oxford, Hart, 1998, pp. 7-9.

³ Cfr. AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence*. London, John Murray, 1911, vol. I. *lect. I*, pp. 88 y ss.

⁴ Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, *lect. XXXVII*, pp. 532 y 621 y ss. Cfr. también la p. 629 de esa obra.

⁵ Vid. *El concepto de derecho*. Trad. de G. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 155 y ss. Vid. también “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-629. Como es bien sabido la obra de Hart ha sido uno de los principales objetos de la crítica dworkiniana. Vid por ejemplo su *¿Es el Derecho un sistema de reglas? en Filosofía del Derecho*. Trad. de J. Sainz. México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 85 y ss. Sobre las insuficiencias de esta forma positivista de entender el Derecho, vid., Carpintero, F., “Dos horas de teoría del derecho”, *Persona y Derecho* 32 (1995), pp. 63 y ss. Y específicamente sobre la figura de Hart, vid.

Esta identificación del Derecho con un material fijado históricamente que debe ser aplicado inexorablemente resulta especialmente antipática para Dworkin. Pertenece a las que llama “teorías semánticas del Derecho”, caracterizadas por suponer que abogados y jueces usan los mismos criterios (expresos o no) para decidir cuando una proposición jurídica es verdadera. Las más influyentes, indica este autor, defienden que dichos criterios se basan en hechos históricos específicos, como la “regla de reconocimiento” postulada por Hart⁶. Por supuesto, para estos positivistas si no hay un criterio claro, no hay Derecho⁷. En realidad ésta es, nos explica Dworkin, la “teoría más popular” sobre el juicio: los jueces sólo aplican el Derecho que otros crean, salvo en casos excepcionales en los que las normas son oscuras, momento en el cual el juez adopta la posición del legislador⁸.

El iusnaturalismo también es, a juicio de Dworkin, una teoría “semántica”, ya que se basa en la existencia de unos criterios morales que sirven para enjuiciar la veracidad de las proposiciones jurídicas⁹.

La clave que distingue a estas explicaciones es que presentan al Derecho como un material que viene ya dado al jurista. Sería un conjunto de reglas, normas o preceptos que proporcionan las respuestas precisas y marcan inequívocamente los cauces de la actuación del jurista¹⁰. Y Dworkin no está de acuerdo con esa visión de la realidad jurídica.

la monografía de Orrego, C., *H.L.A. Hart, Abogado del positivismo jurídico*. Pamplona, EUNSA, 1997, p. 457.

⁶ Cfr. *Law 's...*, cit., pp. 33-34.

⁷ *Ibidem.*, p. 37.

⁸ Cfr. *Taking Rights Seriously*. London, Duckworth, 1977, p. 82.

⁹ Cfr. *Law 's...*, cit., p. 35.

¹⁰ Es preciso aclarar que esta descripción es adecuada, en líneas generales, para el positivismo, pero no para todas las variantes del iusnaturalismo, tan sólo para el típico de la Modernidad. Como ha señalado A. Kaufmann, tanto el positivismo como el iusnaturalismo moderno afirman que existe un baremo inmutable para decidir sobre la adecuación de las instituciones concretas. Cfr. “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik”, en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen)*. Köln / Berlin / Bonn / München, Carl

Hay otro tipo de teorías a las que aplica la etiqueta de “interpretativistas”. Entre ellas está el convencionalismo, muy parecida a la *plain-fact view*. Para sus defensores, una decisión jurídica sólo está justificada cuando una decisión política pasada lo permite expresamente. Ocurre que esas decisiones, normalmente plasmadas en leyes, suelen ser incompletas, y no ofrecen respuestas para todos los casos. En ese supuesto, el campo queda abierto para la discreción judicial mediante la cual el juez actúa como un legislador¹¹.

Otra variante “interpretativista” es la constituida por el Pragmatismo. Según sus integrantes, no existen derechos establecidos en decisiones previas; sólo aparecen tras una decisión judicial de acuerdo con factores diversos atinentes a la política pública. Una de las versiones más conocidas de esta actitud es la constituida por el “Realismo jurídico americano”. Dworkin indica que se trata de una “exageración innecesaria” y que se halla “pasado de moda”, porque las proposiciones jurídicas son algo más que predicciones o expresiones de deseo¹². Es cierto que los realistas, siguiendo el ejemplo de O.W. Holmes¹³, negaron que el Derecho estuviera fijado en un conjunto de proposiciones previas a la decisión judicial. La complejidad y variabilidad de los asuntos humanos imposibilitaban la predeterminación de los criterios decisorios, que sólo surgían después del estudio judicial

Heymans, 1984, pp. 81 y ss. Un estudio sobre el iusnaturalismo anterior a la Modernidad, que no concebía al Derecho natural como un orden de justicia eterno e inmutable es el de Carpintero, F., “Nuestros prejuicios sobre el llamado derecho natural”, *Persona y Derecho* 27 (1992), pp. 21-200. Por otra parte, Dworkin reconoce que hay formas diferentes de entender el Derecho natural, pero no profundiza mucho más. En las últimas páginas de *Law’s Empire* parece defender un Derecho natural como ideal del Derecho efectivamente existente. De todas formas, las relaciones entre la teoría de Dworkin y el iusnaturalismo son algo complejas para tratarlas ahora.

¹¹ Cfr. *Law’s...*, cit., pp. 114-115 y 119. Según Dworkin, la peculiaridad del interpretativismo frente a las teorías semánticas es que el primero admite que pueda haber varias teorías que intenten explicar el Derecho y, aunque una sea la correcta, las demás no tienen por qué ser absurdas. En cambio, las tesis semánticas como el positivismo, sostienen que cualquier otra explicación carece de sentido. Cfr. *Law’s...*, cit., p. 116.

¹² Cfr. *Ibidem.*, p. 152-153.

¹³ Cfr. “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* X (1987), pp. 458 y ss. y 461.

del caso particular y los intereses que en él estuvieran presentes¹⁴. En ese sentido, algunos de los integrantes de esta tendencia entendieron que la tarea de la ciencia jurídica era la predicción de las decisiones judiciales, misión no siempre fácil, porque las causas de la resolución dependen a veces de la personalidad del juez¹⁵.

En cualquier caso, Dworkin busca una alternativa entre los extremos del legalismo y el realismo, en realidad dos caras del positivismo¹⁶. No acepta que el juez esté absolutamente ceñido a los dispuesto en unas normas inalterables, pero tampoco que el juez pueda crear Derecho a su arbitrio. Es preciso, entonces, buscar una teoría que permita responder satisfactoriamente a las características de la actividad judicial¹⁷.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la opinión de W.W. Cook: "Scientific Method and the Law", *American Bar Association Journal* 13 (1927), pp. 307 y ss. Un estudio general acerca de esta corriente es el de Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*. Milano, Giuffrè, 1962, 254 pp.

¹⁵ Vid., por ejemplo, FRANK, J., *Law and the Modern Mind*. New York, Brentano's, 1930, pp. 46 y 114-116.

¹⁶ Así lo reconocía W. FRIEDMANN, Cfr. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking*, en *Essays of Jurisprudence from the Columbia Law Review*. New York / London, Columbia University Press, 1964, pp. 101-102.

¹⁷ En el ámbito norteamericano la falta de precisión tanto de la visión "legalista" como de la "realista" había sido puesta de manifiesto ya por Roscoe Pound, quien pensaba que el abanico de posibilidades que se abren al juez es más amplio: hay una gradación muy considerable desde los casos gobernados por una norma de forma clara, hasta los supuestos en los que el juez carece de fundamentos para su decisión y sólo debe actuar "honestamente". Entre esos extremos hay casos no previstos expresamente en las reglas pero resolubles mediante razonamientos "from authoritative principles" o el empleo de la "judicial discretion guided by analogy of principles of law". Pound, R., "Discretion, Dispensation and Mitigation: The Problem of the Individual Special Case", *New York University Law Review* 35 (1960), p. 930. J. Hall también había rechazado tanto el legalismo radical como el "realismo jurídico americano". Admite que a veces es posible la subsunción bajo una regla general, pero otras veces no, porque las normas son vagas y no producen certeza. Sin embargo, eso no quiere decir que no sea posible descubrir cierta verdad jurídica, a pesar de los inevitables fallos y lagunas. Cfr. *Living Law of Democratic Society*. Indianapolis, The Bobbs- Merrill Co., 1949, pp. 40-45.

Como punto de partida es necesario establecer que Dworkin es muy claro en *Taking Rights Seriously* acerca de la función judicial: los jueces no crean Derecho como los legisladores. Algunas de las razones para esa negativa son tradicionales: carecen de legitimación democrática pues no proceden de una elección mayoritaria y si lo hiciera aplicarían Derecho retroactivamente, al crearlo *ex post facto*¹⁸.

3. UNA TEORÍA SOBRE LA DECISIÓN

3.1 La importancia de los principios

Es manifiesto que, en muchos supuestos, las reglas vigentes son ambiguas y no proporcionan una solución clara¹⁹. La primera explicación acerca de la resolución de los casos oscuros la ofrece en sus reflexiones acerca de los principios jurídicos y la *right thesis*: el juez no crea Derecho como el legislador porque resuelve los “casos difíciles” con principios. Frente a los positivistas que reducen el Derecho a un conjunto de normas emanadas de la voluntad política, Dworkin entiende que el ordenamiento también está compuesto por un tipo de *standard* que no presenta ideales de reforma social, económica o política, sino que “es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral”²⁰. Mediante esos principios el

¹⁸ Cfr. *Taking...*, cit., p. 84. El problema de la retroactividad de la decisión judicial ya lo advirtió John Austin. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, *lect.* XXXVII y XXXVIII, pp. 628-645.

¹⁹ Dworkin utiliza como ejemplos algunos asuntos particularmente controvertidos, extraídos de la historia jurídica americana. Uno de ellos es el caso *Riggs*, en el que un sujeto había asesinado a su abuelo, del cual era el único heredero. ¿Tenía derecho a la herencia? La normativa acerca de Derecho sucesorio no establecía nada al respecto, pero el tribunal decidió que no, empleando para ello el principio según el cual nadie puede obtener provecho de sus actuaciones ilícitas. Otro asunto polémico fue el caso *Brown*, en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas. Según el tribunal, vulneraba la decimocuarta enmienda, aunque ésta no se refería expresamente a ese tipo de organización escolar.

²⁰ *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22. Es procedente recordar que Dworkin no ha sido el primero en llamar la atención acerca de los principios. En los Estados Unidos, a principios del siglo XX, Roscoe Pound explicó que

juez puede hallar los “derechos institucionales” que corresponden a los ciudadanos en los casos controvertidos, no sólo en los considerados “fáciles”, sino también en los “difíciles”²¹. Esta reflexión es de enorme relevancia, porque gracias a la existencia de estos *standards*,

el Derecho no es un agregado de reglas, sino una realidad considerablemente más compleja. En realidad está formado por un cierto número de *legal precepts*, ideas tradicionales acerca de la interpretación y aplicación de dichos preceptos y una serie de ideas acerca de filosofía política y ética sobre el fin del Derecho. Los preceptos jurídicos tampoco son homogéneos: comprenden normas –*rules*–, principios, “concepciones jurídicas” y *standards*, es decir, cláusulas generales que sirven para valorar comportamientos en determinadas circunstancias. Cfr. “The Theory of Judicial Decision”, *Harvard Law Review* XXXVI (1923), pp. 643-646. Pound ha insistido en otros lugares sobre la diferencia entre las *rules*, los principios y los *standards*. Vid. “The Administrative Application of Legal Standards”, *Reports of the American Bar Association* 44 (1919), pp. 443 y ss. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven / London, Yale University Press, 1982, pp. 57 y ss. Esto no quiere decir que la descripción de Pound sea similar a la de Dworkin. Otros autores en el Continente europeo han destacado la importancia de los principios: es el caso de J. Esser y su conocida *Principio y norma en la formación judicial del Derecho privado*. Trad. de E. Valentí. Barcelona, Bosch, 1961. Sobre las diferencias entre las ideas de Esser y las de Dworkin, vid., Ramos, J.A., “El fundamento del vigor de los principios jurídicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992), pp. 269-290.

No obstante, autores como éstos no han inventado las concepciones principialistas, sólo las han rescatado. Durante los siglos de vida del *ius commune*, sus integrantes eran plenamente conscientes de la relevancia que los principios poseían en la vida jurídica. Una buena muestra la encontramos en las diversas teorizaciones romanistas del siglo XVI. Especialmente significativas de la preocupación por los *principia* son las obras de Jean Coras, *De iuris arte liber* (en los *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis, 1584) y de Joachim Hopper, *De iuris arte libri tres, Iuris Civilis, sive ad Pandectas libri sex*. Lovanii, 1555, 505 pp.

Por otra parte, algunos autores han considerado poco justificada la diferencia establecida entre *principles* y *policies*: ambos son utilizadas por los jueces en sus decisiones. Cfr. por ejemplo, la opinión de Greenawalt, K., “Policy, Rights and the Judicial Decision”, en *Ronald Dworkin & the Contemporary Jurisprudence*. Ed. Por M. Cohen. London, Duckworth, 1984, pp. 103 y ss. Afirma este autor que a la hora de interpretar las leyes (*statutes*), el juez considera los *collective goals* contenidos por la norma. *Op. cit.*, p. 104.

²¹ *Taking...*, cit., p. 129. Cfr. también *A Matter...*, cit., pp. 74-75.

el juez cuenta con unos argumentos que le permiten dar una solución a los casos que no están previstos en las normas, sin incurrir en la arbitrariedad²².

Al respecto, Dworkin señala que los jueces carecen de discrecionalidad a la hora de decidir. Para explicar esta afirmación distingue varias clases de discrecionalidad. La primera es la que tiene una persona cuyo deber viene establecido por *standards* que los “hombres razonables” pueden interpretar de formas diferentes. En segundo lugar, podemos decir que hay discrecionalidad cuando la decisión “es final”, es decir, ninguna autoridad superior puede revisarla. Finalmente, existe discreción “fuerte” cuando no existe ningún tipo de *standard* que imponga deberes para tomar la decisión en un sentido particular²³. Según Dworkin, los jueces sólo poseen discrecionalidad en el primero de los sentidos. Esa situación se produce si no hay ninguna regla social que inequívocamente requiera una decisión concreta, y el juez debe, por tanto, ejercitar su iniciativa y su juicio para decidir más allá de la aplicación de una regla. Los miembros del Tribunal Supremo también gozan de discreción en el segundo de los sentidos, pero ningún magistrado o tribunal tiene discreción del tercer tipo, a menos que reduzcamos el Derecho a un bloque de normas. Debido a la presencia de los principios, no es razonable decir que en ciertos casos no existe ninguna directriz que vincule al juez en el momento de tomar una decisión. Incluso en los caso más difíciles, el Derecho no calla²⁴.

Pero no pretendo examinar ahora la teoría principialista defendida por Dworkin, sino aludir a un problema adicional: hasta qué punto los principios impiden la creación judicial del Derecho. Y es que la limitación a la discrecionalidad que los principios presentan ha sido criticada por algunos. En esa línea, J. Raz ha indicado que los principios implican realmente la discreción de los jueces: no la evitan sino que la refuerzan. Y es que su carácter necesariamente

²² *Taking...*, cit., pp. 82 y ss.

²³ *Ibidem.*, p. 69.

²⁴ Cfr. RAMOS, J.A., “El fundamento del vigor de los principios jurídicos”, cit., p. 284. En *A Matter of Principle* Dworkin reconoce que puede haber casos en los que no sea posible encontrar una respuesta jurídica, aunque sean muy raros. Cfr. pp. 119 y 144.

vago reclama una intervención judicial para discernir el sentido que tendrán en el caso. Ciertamente, esto no supone que el juzgador pueda proceder arbitrariamente, sino que ha de dar razones justificadoras de la decisión²⁵. Aquí reside una de las divergencias básicas entre los positivistas como Raz o Hart y Dworkin: los primeros opinan que esas razones, extraídas de una instancia ajena a las normas, no son Derecho, y Dworkin sí²⁶. Claro que el problema es algo más complicado, porque, aun admitiendo la juridicidad de los principios, éstos no parecen proporcionar en muchas ocasiones una respuesta clara.

Esta es una de las claves de la cuestión. Según Dworkin, una de las diferencias entre las *rules* y los principios estriba en su funcionamiento. Las normas son aplicables en forma “de todo o nada”. Si están presentes los hechos que la norma recoge, y ésta es válida, se aplica; si los hechos no coinciden con el supuesto legal, la regla no ofrece respuesta al caso. En cambio el principio no contiene una referencia expresa a un supuesto de hecho que haga necesaria su aplicación en un momento dado. Más bien, propone una razón que demanda una solución en un sentido determinado, sin que esa exigencia produzca una solución necesaria. Un principio ofrece una razón, pero en esa materia puede haber otros principios o “directrices políticas” argumentando en otra dirección. Debido a esa pugna el principio que normalmente soluciona el problema no es aplicable. Sin embargo, “en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que queremos decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”²⁷.

²⁵ RAZ, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, cit., p. 76. Raz sostiene que sólo es Derecho la *rule* que responda al test de juridicidad. Los principios no lo hacen y, consecuentemente, no son Derecho.

²⁶ Cfr., por ejemplo, DWORKIN, R., *Reply to Raz*, en *Ronald Dworkin & the Contemporary Jurisprudence*, cit., pp. 260-263.

²⁷ Cfr. *Taking Rights Seriously*, cit., p. 25-26. La traducción transcrita es la de M. Guastavino: *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984, p. 77. (En el texto

Dworkin añade que los principios poseen una dimensión que las *rules* no tienen: la del “peso o importancia”. Una regla no es más importante que otra y si entran en conflicto, sabremos fácilmente cuando una sobrepasa a la otra. En cambio, cuando hay un conflicto entre principios, debemos sopesarlos para saber cuál tiene más peso²⁸. En tales casos, los jueces deben decidir qué principio tiene más importancia dadas las circunstancias²⁹. Estas afirmaciones de Dworkin parecen indicar implícitamente que es la conformación de la situación la que proporciona un indicio imprescindible para saber cuál es la razón que debe prevalecer y, por tanto, cuál es el principio que resuelve el caso.

Ese carácter abierto de la argumentación con principios ha llevado a K. Greenawalt a criticar la afirmación dworkiniana sobre la actividad judicial. Greenawalt opina que el juez debe elegir en multitud de ocasiones, y esa elección es discrecional en un sentido más fuerte de lo que piensa Dworkin. En realidad, los jueces pueden tener en ciertos asuntos una libertad notable para dar mayor o menor peso a un principio y eso disuelve la diferencia entre la primera acepción de discrecionalidad y la tercera³⁰. En algunos asuntos, la elección no viene impuesta por ninguna norma, principio o cualquier otro precepto, que establezcan una decisión correcta.

Lo que sí está claro es que, desde el punto de vista de Dworkin, en los *hard cases* la respuesta no viene predeterminada por el principio³¹.

principal, empleo los términos “directriz política” para *policy*, siguiendo esta traducción). Sobre la necesidad de una valoración para establecer el peso de los principios que afectan a un asunto, cfr. igualmente *¿Es el Derecho un sistema de reglas?* cit., p. 93.

²⁸ Cfr. *Taking...*, cit., p. 27.

²⁹ Cfr. *Taking...*, cit., p. 78. Quizá sea prudente advertir que la aplicación de las normas no se desenvuelve de la manera mecánica que Dworkin describe en este libro. Más adelante, al hablar de las normas legales matizará más sobre su funcionamiento en el orden jurídico.

³⁰ Cfr. GREENAWALT, K., “Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges”, *Columbia Law Review* 75 (1975), pp. 364-365.

³¹ Así lo señala –como una crítica–, RICHARDS, D.A.J. Cfr. “Taking Taking Rights Seriously Seriously. Reflections on Dworkin and the American

Efectivamente, el juez ha de desarrollar una labor argumentativa a la hora de establecer la respuesta correcta. Es preciso que tenga en cuenta la exigencia del problema que tiene ante sí y la valoración contenida en el principio³². Esto es lo que ocasiona la polémica con los autores vinculados al positivismo, porque el hallazgo de la respuesta correcta requiere buena parte de las veces una ponderación de las “razones” de los distintos principios, y el resultado depende de ese balance. En ese proceso el juez goza de cierta autonomía en la medida en que la solución no está determinada por el principio: hay diversas posibilidades y hay que escoger una a la luz de las circunstancias del caso. Eso significa que el juez ha de valorar la situación concreta, una valoración que no está contenida en la norma, sino que procede del juzgador. Inevitablemente, esto puede suponer la presencia de cierto arbitrio y discrecionalidad.

Por tanto, la referencia a los principios no basta y es preciso diseñar una teoría más compleja.

3.2 La integridad

Frente a las teorías “semánticas”, Dworkin propone una “interpretativa”. No todas las que pertenecen a esta categoría le parecen aceptables: el convencionalismo y el pragmatismo deben ser rechazados, como indiqué páginas atrás.

La propuesta de Dworkin está basada en lo que él denomina una visión del “Derecho como integridad”. El estima que la *right thesis* se basa en la búsqueda de una solución que pueda ser justificada dentro de una teoría política que ofrezca una justificación general del orden jurídico, es decir, en el seno de una teoría que también justifica otras decisiones que se consideran correctas³³.

Revival of Natural Law”, *New York University Law Review* 52 (1977), pp. 1284 y 1314-1315.

³² Cfr. VIGO, R., *Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Universidad Nacional del Litoral, 1993, p. 22.

³³ *Taking...*, cit., pp. 87-88. Dworkin explica que su prolija exposición teórica requeriría un juez de capacidad sobrehumana, al que llama Hércules. En este momento no voy a preocuparme por un reproche que surge de

Ahora bien, esa justificación no puede estar en un test formal, como pretenden algunas teorías semánticas o las posturas convencionalistas. Es preciso encontrar una teoría que evite dos extremos: la objetividad y la subjetividad plenas. El Derecho no puede reducirse a un conjunto fijo de materiales históricos que ofrezcan las repuestas posibles. Tampoco debe quedar al albur de los órganos decisorios³⁴. Ese equilibrio difícil entre una cierta objetividad y la inevitable flexibilidad de la vida jurídica puede conseguirse mediante una teoría interpretativa que permita presentar la mejor lectura del objeto interpretado. Desde ese punto de vista, considera que el Derecho presenta similitudes con la Literatura. En efecto, la comprensión de una obra literaria debe realizarse mediante una interpretación que ofrezca la imagen más favorable a la obra de arte en sí misma³⁵. Algo parecido ocurre con el Derecho.

Indica que hay distintos tipos de interpretación. Una de ellas es la llamada “conversacional”, que está dirigida a conocer la relación entre un hablante y su auditorio; en ella la intención del autor del mensaje interpretado es fundamental. Otra forma de interpretación es la “constructiva”, en la que lo decisivo no es la causa del mensaje –la intencionalidad del autor–, sino su finalidad: obtener la mejor versión posible de la cosa interpretada³⁶.

Dworkin dedica un buen número de páginas a desmontar las tesis interpretativas “intencionalistas” que poseen una fuerza enorme en el Derecho constitucional y en el *statutory law*. No sólo las considera erróneas en el ámbito literario, sino también en el jurídico, y mantiene que esta forma de entender el proceso interpretativo es una versión típica del positivismo jurídico: el Derecho se compone de decisiones tomadas por personas del pasado; si queremos saber

manera inmediata: ¿Cuál es la utilidad de una metodología que puede ser impracticable para el juez normal?

³⁴ Cfr. *A Matter...*, cit., p. 162. En el mismo sentido, cfr. DWORKIN, R., “Law as Interpretation”, *Texas Law Review* 60 (1982), p. 529.

³⁵ Cfr. “Law as Interpretation”, cit., pp. 536-539.

³⁶ Cfr. *Law's...*, cit., pp. 50 y 52.

lo que significan, habremos de atender a la intención de esas gentes³⁷.

El problema es que esa intención es difícilmente cognoscible. En primer lugar, la intención suele ser un estado psicológico y no es fácil precisar con exactitud cuál de sus aspectos puede ser más relevante. ¿Lo son quizá las esperanzas y expectativas de los legisladores sobre el resultado de una norma?³⁸ Tampoco es sencillo elegir el momento del proceso legislador que escogeremos para averiguar las expectativas de los autores³⁹. Hay una dificultad añadida: el legislador está compuesto por varias personas, y no está claro cuáles son las que debemos considerar para elucidar la intención del poder legislativo, porque en realidad no es tan simple saber quiénes son los auténticos autores de la norma. Tengamos en cuenta que los estados psicológicos de todas estas personas son diferentes y, consecuentemente hemos de elegir: tal vez sea mejor escoger una opinión representativa. Pero la respuesta a esa cuestión tampoco es evidente. Tal vez podamos optar por las de aquéllos que intervinieron en los debates, las de los que votaron, las de todos los miembros del Congreso, o también las de los ciudadanos que influyeron en los legisladores⁴⁰. En realidad, a juicio de Dworkin, es imposible hallar una solución a esta cuestión. Algunos defensores del intencionalismo recurren a la llamada *contrafactual question*: ¿Qué habría hecho el legislador si hubiera conocido el caso concreto? Pero, señala Dworkin, saber eso es imposible.

A partir de esas apreciaciones, en sus referencias al Derecho constitucional, critica seriamente las teorías “interpretativistas” e “historicistas”. De todas formas, estima que la distinción que en los Estados Unidos se establece entre “interpretativistas” y “no

³⁷ Cfr. *A Matter...*, cit., p. 148.

³⁸ Dworkin escribe que un congresista puede votar una norma porque considere que es un mal menor y esperar que sea interpretada restrictivamente por los tribunales. Sin embargo, ante un problema interpretativo este no parece ser un criterio hermenéutico razonable. Cfr. *Law's...*, cit., p. 323.

³⁹ Cfr. *A Matter...*, cit., pp. 43 y ss. *Law's...*, cit., pp. 321 y ss.

⁴⁰ Cfr. *Law's...*, cit., pp. 317 y ss. Cfr. *Law's...*, cit., p. 325. Este recurso a una supuesta voluntad legisladora ficticia es muy antiguo: lo hallamos ya en Aristóteles y el Derecho Romano.

interpretativistas” es engañosa. Según los primeros, la decisión constitucional debe brotar de la interpretación de la constitución en sí misma. Los segundos sostienen, en cambio, que esa decisión debe basarse en fundamentos extraconstitucionales⁴¹. La falacia de la distinción radica en que una decisión jurídica –también la referente a la constitución– es interpretativa.

A él le preocupa especialmente un aspecto del interpretativismo que denomina “*historicism*”: sus defensores exigen que toda interpretación esté basada en la “intención original” de los constituyentes⁴², pues si no ocurre así los intérpretes –jueces– están ejerciendo prerrogativas que no les corresponden en el esquema de la separación de poderes: en suma, crean Derecho, actividad para la que carecen de legitimación⁴³.

⁴¹ De aquí surgen diversas tendencias, como el *judicial activism*, que busca interpretar las cláusulas vagas teniendo en cuenta los cambios en la moralidad pública. Por otra parte, el *judicial restraint*, “argues that courts allows the decisions of other branches of government to stand, even when they offend the judges’ own sense of the principles required by the broad constitutional doctrines, except when these decisions are so offensive to political morality that they would violate the provisions on any plausible interpretation, or perhaps, when a contrary decision is required by clear precedent”. Cfr. *Taking Rights...*, cit., p. 137.

⁴² Cfr. *Law’s...*, cit., pp. 359-360. En *Taking Rights Seriously* se refiere al *strict constructionism*: “This theory makes a strict interpretation of the text yield a narrow view of constitutional rights, because it limits such rights to those recognized by a limited group of people at a fixed date of history”. *Op. cit.*, p. 134.

⁴³ La literatura académica sobre esta cuestión en Estados Unidos ha sido abundante durante los últimos años. Vid. como ejemplo, R. Berger, quien señala que el intérprete de la Constitución no puede separarse de la intención original de Constituyente. De lo contrario, introduciría un significado nuevo en las palabras que forman el texto constitucional. “Originalist Theories of Constitutional Interpretation”, *Cornell Law Review*, 73 (1988), pp. 353 y ss. Igualmente el juez W.H. Rehnquist señala que el poder legislativo reside sólo en el pueblo, por lo que los jueces no pueden cambiar la constitución en sus interpretaciones. Y es que más allá de la constitución y *the laws*, no hay otra cosa que la moral exclusivamente personal. Cfr. “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review* 54 (1976), p. 704. En una línea similar, R.O. Rotunda critica al grupo de los *noninterpretativists*, a los que acusa de adoptar valores que no están en la Constitución y atender exclusivamente a la conciencia de la época del intérprete. Según Rotunda, la tarea judicial legítima es la que atiende al *original intent* de los constituyentes. Cfr. “Original

La teoría de Dworkin se presenta como una opción más matizada, porque rechaza la creación judicial del Derecho, pero al mismo tiempo niega la vinculación absoluta del intérprete a las decisiones del pasado. Al respecto, Dworkin compara el Derecho con una novela en cadena (*chain novel*). Este ejercicio literario es una empresa colectiva en la que un autor escribe el primer capítulo de una obra y sucesivos escritores añaden nuevos capítulos que continúan de forma coherente la historia iniciada por sus predecesores. Para poder llevarlo a cabo es necesario que interpreten todo lo que ha sido escrito con anterioridad. Ahora bien, no debe interpretarlo en un sentido intencionalista, porque, a excepción de lo que le ocurre al segundo escritor, no hay un solo autor.

Esta es la forma en la que debe comportarse el juez en un *hard case*, sobre todo en el *common law*. Debe extraer el argumento de las decisiones pasadas de los jueces, de las prácticas e interpretaciones anteriores. Y su misión no es descubrir las intenciones de los jueces o legisladores del pasado, sino “alcanzar una opinión acerca de lo que esos jueces hicieron colectivamente”. Tiene la responsabilidad de mejorar la empresa que tiene entre manos y no darle la dirección

Intent, the View of the Framers, and the Role of the Ratifiers”, *Vanderbilt Law Review* 41 (1988), pp. 508 y 515.

Esta cuestión es bastante compleja, porque hay un sector de autores –académicos y jueces– que piensan que no es posible conocer el *original intent* de la norma –constitución o *statute*–, pero, al mismo tiempo, estima imprescindible evitar la creación judicial del Derecho. Para ello recurren a otro criterio interpretativo, ya añejo en el Derecho anglosajón: el significado claro del texto –*plain meaning*–. Cfr. SCALIA, A., “The Rule of Law as a Law of Rules”, *The University of Chicago Law Review* 56 (1981), pp. 1175-1188. Sobre la ilicitud del cambio de los valores constitucionales, vid. también, Easterbrook, F.H., “Method, Result and Authority: A Reply”, *Havard Law Review* 98 (1985), pp. 627-629. Vid. también Easterbrook, F.H., “Statutes’ Domains”, *The University of Chicago Law Review* 50 (1983), pp. 533-552. Sobre la actitud de estos dos últimos autores, vid. Farber, D.A., “The Hermeneutic Tourist Statutory Interpretation in Comparative Perspective”, *Cornell Law Review* 81 (1996), p. 522. Indica Farber que la clave de su tesis es reducir el papel de los jueces a puros aplicadores de los *statutes* tal y como están escritos (*ibidem*). No obstante este textualismo también genera dificultades: no es posible conocer el significado de un texto sin una referencia a su contexto. Debido a esa circunstancia, muchas veces la referencia al puro texto no soluciona el problema. Y entonces los problemas vuelven a empezar.

que subjetivamente le parezca mejor⁴⁴. Desde este punto de vista, el juzgador se encuentra en la posición ambivalente: es al mismo tiempo crítico y autor de la tradición a la que pertenece; no puede desarrollarla de una forma completamente autónoma, aunque inevitablemente añade algo a la tradición interpretada, cuando es un caso difícil, como los casos *Riggs* o *Brown*⁴⁵.

Para conseguirlo, el juez debe desarrollar una interpretación que sea acorde con la historia jurídica en la que se desenvuelve⁴⁶. Y eso sirve para marcar los límites en los que ha de moverse su decisión: dos criterios que Dworkin expone como coherencia (*fit*) y moralidad política (*political morality*)⁴⁷.

Escribe Dworkin que los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad deciden los *hard cases* mediante un conjunto de principios coherentes acerca de los derechos y deberes, y pretenden encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de la comunidad. El límite de la coherencia es fundamental porque supone un límite a la decisión del juez: no vale cualquier teoría justificadora del resultado, porque la que se oponga de manera clara a la historia jurídica deberá ser rechazada, aunque refleje las convicciones personales del juez. Si hace prevalecer sus propias convicciones, no está interpretando una práctica jurídica⁴⁸. Esta última idea es importante: Hércules, el juez ideal, no basa sus sentencias en convicciones personales. Por supuesto, la solución que dé será una opinión, pero no una convicción moral subjetiva, sino una convicción acerca de lo que demandan la Constitución y el ordenamiento

⁴⁴ *A Matter...*, cit., pp. 158-159.

⁴⁵ Cfr. *Law's...*, cit., p. 229. Una crítica de la concepción de la *chain novel* aplicada a la interpretación –literaria y jurídica– la encontramos en FISH, S., “Working in the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, *Texas Law Review* 60 (1980), pp. 551-567. Según Fish, Dworkin no logra evitar caer en los extremos que critica: la objetividad y la subjetividad en la interpretación. Y el problema está en que, piensa este autor, el cambio de una tradición es una forma de interpretación, por lo que los miedos a la actividad creadora que refleja Dworkin son un error.

⁴⁶ Cfr. “Law as Interpretation”, cit., p. 544.

⁴⁷ Cfr. *A Matter...*, cit., pp. 142–143 y 160.

⁴⁸ *Law's...*, cit., p. 255.

jurídico en ese problema⁴⁹. Retengamos la idea: el Derecho se basa en opiniones, pero opiniones con fundamento objetivo.

Puede suceder que haya varias interpretaciones posibles. En tal caso, habrá que escoger la que desde el punto de vista de la moralidad política presente esa práctica bajo la mejor luz, y haga de ella “the work in progress best, all things considered”⁵⁰.

En este punto las tesis metodológicas de Dworkin se vuelven un tanto abiertas. Sostiene que en el ámbito decisorio no hay total creatividad, ni vinculación mecánica al texto: cada uno debe ser cualificado por el otro. Pero no es fácil saber hasta donde alcanza esa vinculación ni qué grado tiene esa creatividad que en otros lugares Dworkin ha negado. Una de las causas de esa dificultad está en que no hay un método exacto para conocer cuál es la interpretación más acorde con la historia jurídica. Según declara, la teoría del “Derecho como integridad” es un *approach*, más que una serie de respuestas ya establecidas⁵¹. De hecho, puede haber varias adecuadas, sólo que una de ellas es más adecuada que las demás⁵².

En consecuencia, desde el punto de vista de Dworkin, el Derecho no viene “dado” al jurista sino que brota después de la interpretación. Esta apreciación puede llevar a un entendimiento erróneo de la tesis de la *right answer* propugnada por Dworkin. Efectivamente, el mantiene que, incluso en los caso difíciles es posible hallar los derechos institucionales de las partes, y ese hallazgo es facilitado por criterios por el ordenamiento. Ahora bien, al reconocer que puede haber respuestas diferentes a esas cuestiones difíciles, parece dar la razón a sus críticos positivistas. La solución quizá esté en el problema de la demostrabilidad.

El opina que en el Derecho no es lícito pensar que una proposición sólo es cierta si puede demostrarse como tal, es decir, si a partir de unos hechos comprobados hay motivos indudables que hacen que

⁴⁹ Cfr. *Taking...*, cit., p. 124.

⁵⁰ Cfr. *Law's...*, cit., pp. 231 y 256.

⁵¹ *Ibidem.*, pp. 234 y 239-240.

⁵² Cfr. “Law as Interpretation”, cit., pp. 544-545. Cfr. en el mismo sentido, *Law's...*, cit., p. 247.

todos estén de acuerdo con la proposición en cuestión⁵³. En la práctica jurídica, los jueces argumentan y dan respuestas que no son demostrables, pero eso no quiere decir que sean absurdas e inútiles, porque es innegable que hay argumentos mejores que otros; el Derecho se basa en la existencia de una multiplicidad de razones para justificar las opiniones en el seno de una práctica interpretativa. Esas razones no son demostrativas, es decir, ninguna es absolutamente cierta, pero sirven para decidir si una interpretación es mejor que otra. Entre ellas hay alguna que ofrece el mejor punto de vista del problema⁵⁴. Desde luego, reconocer esto no es decir mucho, porque es preciso ofrecer algún criterio para discernir el mejor de los argumentos, que vaya más allá de la referencia genérica a la “mejor interpretación posible”.

De especial interés en este asunto son sus reflexiones sobre la interpretación constitucional. Ya he indicado que este autor rechaza las tesis originalistas que pretenden ceñirla al mero descubrimiento de las intenciones de los constituyentes, que, en el caso norteamericano eran unos políticos de fines del siglo XVIII. Las reflexiones acerca de la imposibilidad de hallar esa “intención original” forman el punto de partida, pero son insuficientes. El destaca que la Constitución está redactada en un “lenguaje general”, es decir que los derechos recogidos en el texto aparecen en cláusulas generales que necesitan una concreción. De esa forma, la Constitución no fija un sentido específico para esa generalidad. En ese sentido, podemos hablar de una “intención abstracta” y otra “concreta”. Así, es posible entender la igual protección ante la ley, por ejemplo, de dos formas. Una es general o abstracta, y a esa la denomina *concept*. Otra es concreta, y esa es una *conception*⁵⁵. La elección de una u otra de tales formas de entender la Constitución es, según Dworkin, de importancia extraordinaria. Si elegimos la acepción abstracta, a la hora de decidir un caso concreto, los jueces deberán hacer una “decisión substantiva de moralidad política”. Si escogemos

⁵³ Cfr. *A Matter...*, cit., pp. 137-138. *Law's...*, cit., pp. VIII-IX.

⁵⁴ Cfr. *Law's...*, cit., pp. 82 y ss. y 86.

⁵⁵ *Taking Rights...*, cit., pp. 216. Cfr. también, *A Matter...*, cit., p. 144, y “The Arduous Virtue of Fidelity”, cit., p. 1259. Cfr. la diferencia entre *concept* y *conception* en *Law's...*, cit., p. 71. Ahí señala que el contraste entre ambos términos es el que existe entre los “levels of abstraction at which the interpretation of the practice can be studied”.

la intención concreta, tendremos que averiguar la voluntad específica de los constituyentes del XVIII. Pero si ellos hubieran deseado que el juez actual se ciñera a esa voluntad determinada la habría plasmado en el texto; no lo hicieron así, y podemos concluir que debemos entender la *equal protection* o el *due process* como *concepts*⁵⁶. La Constitución es, desde esa perspectiva, una “carta de principios” abstractos, cuya medida y finalidad deben ser definidas por los jueces. Para ello debemos descubrir qué quieren decir para nosotros actualmente. No se trata, por tanto, de conocer la voluntad concreta del autor de la norma, como hecho histórico. El resultado depende del establecimiento de la mejor interpretación de ese principio⁵⁷.

Dworkin lleva a cabo una matización importante: esas cláusulas son generales, pero no vagas. No es que no sepamos lo que quieren decir, sino que su significado es precisamente un “appeal to moral concepts”⁵⁸, que los jueces han de concretar.

Las explicaciones sobre el trabajo en el *staturory law* también pueden arrojar algo de luz acerca del método de Hércules que, no lo olvidemos, es variable y está inacabado⁵⁹. Según lo expuesto por este autor, el auténtico significado de la norma es algo que se desarrolla con el paso del tiempo de una manera relativamente autónoma de las voluntades concretas de las personas que los elaboraron. Lo importante es la intención del *statute* en sí mismo. Para conocerla, Hércules considera factores muy diversos para conocer la historia entera de la norma. Desde luego tiene en cuenta los *statements* de los legisladores,

⁵⁶ Cfr. *A Matter...*, cit., pp. 49-56. Vid. también, sobre las diferentes maneras de entender la Constitución –como conjunto de principios o como expectativas de estadistas históricos–, DWORKIN, R., *El dominio de la vida*. Trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres. Barcelona, Ariel, 1994, pp. 158-159.

⁵⁷ “The Arduous Virtue of Fidelity”, cit., pp. 1253 y 1267.

⁵⁸ *Taking Rights...*, cit., pp. 134-136. La verdad es que Dworkin se ha aplicado a la resolución de problemas concretos, como el aborto, la discriminación positiva, la pornografía, etc., Sus resultados son discutibles: desde luego él no pretende otra cosa, ya que su propuesta metodológica no propugna la consecución de resultados que posean veracidad irrefutable. Sobre esas aplicaciones, vid., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford / New York, Oxford University Press, 1996, 427 pp.

⁵⁹ Cfr. *Law's...*, cit., pp. 34 y ss.

pero “los trata como hechos políticos importantes en sí mismos, no como evidencia de algún estado mental detrás de ellos”⁶⁰. Tal y como ha hecho al tratar otros aspectos de la teoría jurídica, Dworkin sostiene la inutilidad de una interpretación basada en el *speaker's meaning*, según la cual la legislación es un tipo de comunicación establecida entre un hablante y un oyente.

Aunque no haya referencias explícitas a ello, esta idea coincide con lo que en Europa Continental se ha denominado la “voluntad objetiva”. En ese sentido, Dworkin parece optar por una visión “objetiva” de la intención de la ley; ésta resulta ser más bien resultado del interés social defendido por la norma⁶¹.

Sostiene, además, que no existe un momento canónico que marque el nacimiento del *statute* y le conceda la totalidad de su significado⁶². Dicho de otra forma, la determinación del sentido de la norma ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta las diferentes situaciones por las que ha pasado la institución jurídica, y, más concretamente, según el contexto particular del intérprete.

Recordemos que Dworkin distingue entre las convicciones abstractas y concretas en el campo constitucional, y que el pueblo no debería ser gobernado ahora por las convicciones políticas específicas de políticos elegidos hace tiempo, cuando la moralidad popular, las circunstancias económicas y casi todo lo demás era muy diferente⁶³.

⁶⁰ “He treats them as political events important in themselves, not a evidence of any mental state behind them”. *Law's...*, cit., p. 315.

⁶¹ Sobre esa forma de entender la “voluntad de la ley”; Cfr. Betti, E., *Interpretación de la ley de los actos jurídicos*. Trad. de J.L. de los Mozos. Madrid, EDERSA, 1975, p. 111. Desde luego Dworkin no lo cita, pero hay algunas similitudes entre sus planteamientos.

⁶² “...Nor does suppose any canonical moment of speech toward which his historical research bends; the history he interprets begins before a statute is enacted and continues to the moment when he must decide what it now declares”. *Law's...*, cit., pp. 316 y 348.

⁶³ “Fairness cannot explain why people now should be governed by the detailed political convictions of officials elected long ago, when popular morality, economic circumstances, and almost everything else was very different”. Cfr. *Law's...*, cit., p. 364. Cfr. también la p. 362.

Y es que el concepto general que está contenido en la enmienda constitucional debe ser concretado, y esa tarea requiere la presencia de algún elemento que sirva para tal concreción. En alguna ocasión Dworkin se refiere a la elección del principio más poderoso en las circunstancias presentes, aunque eso no quiera decir que los demás sean absurdos⁶⁴. Si hacemos caso a la proposición de Dworkin tendremos que encontrar una justificación que ofrezca la mejor interpretación posible, pero, ¿cómo? Sencillamente, no nos da una respuesta⁶⁵. Varias veces proclama que el “Derecho como integridad” no ofrece un método cierto⁶⁶: esa parece ser su conclusión⁶⁷. Efectivamente, la solución a cada caso brotará de la ponderación de las diferentes razones que confluyan en él, dependientes de las teorías interpretativas que aleguen los jueces. La mención repetida a las diversas razones, que no son demostrables, pero sí son capaces de proporcionar cierta certeza, nos recuerdan algunos planteamientos europeos acerca de la tónica jurídica, aunque Dworkin en ningún momento aluda a esa semejanza. Pero la verdad es que él describe el ordenamiento como una serie de interpretaciones razonables que el juez tiene a su disposición para resolver los problemas que lleguen a sus manos, y no como un conjunto ordenado de normas y principios que, perfectamente catalogados, ofrezcan un recetario cómodo para el

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 271.

⁶⁵ Tal vez por eso, Ch. Fried critica a Dworkin por plantear una exposición tan general e indeterminada –aunque menos que la de Rawls, por ejemplo– que no sirve para diseñar instituciones concretas. En realidad ese reproche se lo lanza Fried a toda la Filosofía jurídica, aunque reconoce que este argumento es, también, filosófico. Cfr. “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyer Know”, *Texas Law Review* 60 (1981), pp. 53 y 57.

⁶⁶ Al preguntarse acerca del concepto de Derecho escribe: “The best reply is: up to a point. I have not devised an algorithm for the courtroom. No electronic magician could design from my arguments a computer program that would supply a verdict everyone would accept once the facts of the case...” *Law’s...*, cit., p. 412. En *Taking Rights Seriously* ya había declarado que no hay método mecánico para solucionar los *hard cases*. Cfr. p. 81.

⁶⁷ Alexy concluye que Dworkin no consigue presentar una teoría que asegure una decisión correcta en todos los casos, ya que tal garantía, aun para un juez del talento de Hércules, es imposible. Cfr. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5 (1988), p. 148. Sin embargo, Alexy admite que esa búsqueda de la respuesta correcta sirve como “idea regulativa”. *Op. cit.*, p. 151.

jurista. Por eso no entiendo muy bien la relevancia que concede a la coherencia. Efectivamente, como hemos visto, cuando surge un caso “difícil”, el juez dará una solución que ofrezca la mejor justificación de ese Derecho como un todo. Pero ese expediente puede ser insuficiente, porque la respuesta al problema particular sólo aparece tras la necesaria concreción de los criterios contenidos en el ordenamiento. Dworkin ha puesto de manifiesto que muchos de los elementos empleados en la decisión judicial van más allá de lo que pensaban los pensadores legalistas. Y buena parte de tales factores poseen una naturaleza moral, aunque forman parte del ordenamiento⁶⁸. Esto quiere decir que recogen criterios de justicia referidos a bienes de tipo diverso. Esa diversidad impide muchas veces encontrar una justificación sistemáticamente coherente, si es esto lo que Dworkin defiende. Tal vez lo que quiere decir es que el Derecho está compuesto por una pluralidad de bienes diferentes, plasmados en una pluralidad de principios, ideales, etc., que deben ser hallados dispersos por todo el ordenamiento. Ahora bien, es posible que se contradigan; en ese caso, es necesario ponderarlos para ver cuál tiene más peso, tal y como él dice expresamente.

Acerca de esa cuestión, R. Posner ha señalado que, pese a las protestas de Dworkin, no siempre hay una respuesta correcta a una controversia jurídica. Según éste último hay derechos y deberes creados por la comunidad que expresan una concepción coherente de justicia y equidad y que el juez debe identificar. Posner cree que no siempre es posible debido a la heterogeneidad actual de la sociedad: no existe un consenso general que permita fijar las premisas de la decisión al modo requerido por Dworkin⁶⁹. Por ese motivo en algunos

⁶⁸ La reacción “sociologista” de Pound ya había indicado esto. Vid., POUND, R., *Law and Morals*. South Hackensack, New Jersey / New York, Rothman Reprints, Augustus M. Kelley, 1969, pp. 117 y ss. En la p. 122 resalta la importancia de la moral en el momento de la aplicación del Derecho. No obstante los ideales –pragmatistas e utilitaristas– de Pound eran diferentes a los de Dworkin.

⁶⁹ Cfr. POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*. Cambr. Mass. / London, Harvard University Press, 1990, pp. 197 y ss., y 201-203. Posner rechaza tanto el escepticismo radical que disuelve la ciencia jurídica en la decisión política, como la tesis de Dworkin según la cual siempre hay respuesta correcta. Cfr.

asuntos como el caso *Brown*, la causa de la decisión no está en el texto, no es posible una interpretación. La solución la da el juez alegando fundamentos basados en la historia política, el sentido común, etc.⁷⁰. Parece que la diferencia entre ambos autores estriba en que Posner considera que en esos casos la respuesta no viene dada por el ordenamiento, y Dworkin sí, aunque éste no piense realmente que esté determinada mecánicamente. El propio Posner explica que su teoría no es demasiado diferente de la de Dworkin. Sostiene que el Derecho no es una “cosa”, ni una caja de la que podamos extraer las respuestas, sino una actividad de personas especializadas (jueces, abogados, legisladores). Desde ese punto de vista, debatir si el Derecho está compuesto de normas o principios, o si los jueces pueden cambiar las reglas carece de sentido. Sin embargo, matiza Posner, esa “teoría de la actividad” es incompleta y debe ser mejorada con una “teoría débil del Derecho natural” que sirva para evaluar la actividad judicial. Los criterios para esa tarea son diversos: costumbres, tradiciones, “sentimientos comunitarios”, etc. Es en este punto cuando Posner considera que su tesis se aproximan a las de Dworkin⁷¹.

La apreciación de Posner es interesante porque admite la tesis de Dworkin, presentando un orden jurídico notablemente abierto, pero al mismo tiempo reconoce que no proporciona todas las respuestas. Tal vez la falla esté en la incapacidad de leer el caso desde los hechos del problema. En efecto, Dworkin cree que rebuscando entre principios, valores, tradiciones morales, etc., de una comunidad política dada, un juez de la inteligencia y capacidad de Hércules hallara una respuesta correcta para cualquier caso. Sin embargo, la respuesta no se halla en ese rastreo fatigoso por el ordenamiento, sino prestando alguna atención a la conformación del problema.

Y es que la realidad jurídica no es algo que pueda ser identificado sin más con la realidad legal, sino que brota desde la interrelación de la norma y el caso concreto, mediante un proceso complejo que aún

The Problems..., cit., pp. 37-38 y “The Jurisprudence of Skepticism”, *Michigan Law Review* 86 (1988), p. 829.

⁷⁰ Cfr. POSNER, R., *The Problems...*, cit., pp. 307-309.

⁷¹ Cfr. POSNER, R., *The Problems...*, cit., pp. 225-226.

la interpretación y la aplicación⁷². Esto significa, entre otras cosas, que, en cierto modo, el Derecho nace en el momento de la concreción. Esa concreción está abierta a numerosas variaciones circunstanciales por lo que no puede considerarse nunca una tarea cerrada⁷³. En ese sentido, Betti ha declarado que la interpretación es siempre creadora, aunque no arbitraria, porque el intérprete está vinculado a la totalidad del sistema “como orgánica concatenación de normas”, a las exigencias del ambiente social y las relaciones en cuestión, y a las valoraciones inmanentes al orden jurídico. La interpretación resulta ser, de ese modo, una permanente readaptación de la reglas que componen dicho orden. Por eso, el juez no posee discrecionalidad, ya que su labor está vinculada a la coherencia inmanente del sistema⁷⁴. Quizá las tesis de Dworkin vayan por ese camino⁷⁵, en la medida en que pretenden exponer un juez que no es esclavo de las normas pero carece al mismo tiempo de arbitrio. Ocurre, sin embargo, que esas llamadas al Derecho como un todo, que recuerdan la idea de totalidad inmanente, resultan a la postre poco operativas. Porque precisamente el “caso difícil” se caracteriza por presentar una configuración que no encuentra acomodo inmediato, y la solución proviene más bien de la consideración de los diversos elementos del ordenamiento a la luz del problema. Esta idea es la que no queda suficientemente clara en la obra dworkiniana. Su aportación es, desde luego, sumamente interesante, porque amplía las fronteras del Derecho, pero descuida el momento de la concreción.

Sobre ese problema y la importancia del contexto, W.N. Eskridge, desde una teoría hermenéutica de Gadamer, ha indicado que la interpretación de una ley ha de ser dinámica: cuando cambia la situación social y, por tanto, el “horizonte interpretativo”, ha de variar también el significado de la norma. La interpretación es, de ese modo, un proceso

⁷² Cfr. OLLERO, A., “Derecho natural y jurisprudencia de principios”, *Persona y Derecho* 8 (1981), p. 170.

⁷³ Cfr. BETTI, E., *Op. cit.*, p. 66.

⁷⁴ *Ibidem.*, pp. 137 y 113.

⁷⁵ Aunque hay muchas diferencias entre ellos. Así, por ejemplo, Betti entiende que el empleo de principios generales del Derecho o de la equidad son casos de heterointegración, ya que emplean fuentes que no son fuentes del Derecho. Cfr. *Op. cit.*, pp. 140 y ss.

de aproximación entre los valores del texto y los de la sociedad⁷⁶. Eskridge reconoce que la tesis interpretativa de Dworkin presenta abundantes similitudes con la exposición de Gadamer, ya que defiende una interpretación que tenga en cuenta los cambios históricos. Sin embargo, cree que hay algunas deficiencias en la tesis de Dworkin, porque no concede la suficiente atención al contexto. Al interpretar no se ha de prestar tanta atención a las decisiones anteriores –como ocurre según la metáfora de la *chain novel*–, sino a los hechos del caso que hay que solucionar según la norma. El intérprete, continúa Eskridge, no se limita a añadir otro capítulo, sino a comprender el primer capítulo según las nuevas circunstancias: más que a la coherencia, es preciso atender a la situación específica en la que se desenvuelve la interpretación⁷⁷. Y es interesante observar cómo, por ese motivo, Eskridge estima que la teoría interpretativa de Dworkin escapa al reproche de “fundamentalismo”. Bajo tal denominación incluye las propuestas de un método único para descubrir el sentido de las normas. Es decir, que, según Eskridge, Dworkin deja abierta la cuestión de cual sea el método más adecuado⁷⁸.

Esa relevancia del momento presente en la interpretación aparece también en el “*nautical approach*”, propugnado por T. A. Aleinikoff. Según este autor, la norma legal se debe interpretar como si hubiera sido creado recientemente. De una manera parecida a Dworkin entiende que el *statute* no está terminado después de su promulgación. Para aclarar su postura utiliza una imagen llamativa: la interpretación es como un viaje por mar; en él, el curso del viaje y todas sus incidencias no se conocen hasta que no se llega a puerto. La botadura del barco –la norma– y los planes –las intenciones de los legisladores– no dicen

⁷⁶ Cfr. ESKRIDGE, W.N., “Gadamer / Statutory Interpretation”, *Columbia Law Review* 90 (1990), pp. 632-633.

⁷⁷ *Ibidem.*, pp. 648-650. Según A. Kaufmann, “das Verständnis des einzelnen setzt bereits das (Vor-) Verständnis des Ganzen voraus, dieses ist aber nun auf der Weg über das einzelnen zu gewinnen. Der konkrete Lebenssachverhalt ist in seiner rechtlichen Relevanz nur verstehbar im Hinblick auf die in Betracht kommende (n) Rechtsnorm (en), der Sinn der Rechtsnorm (en) aber erschliesst sich nur über das Verständnis des Lebenssachverhalts”. “Die Geschichlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik”, en *Op. cit.*, p. 51.

⁷⁸ Cfr. ESKRIDGE, W.N., *Op. cit.*, p. 648.

todo acerca de la travesía. En realidad, el *statute* no quiere decir nada hasta que no se pone en contacto con los profesionales del Derecho, porque no es una realidad preexistente a la decisión; en ese sentido, los intérpretes son creadores de significado⁷⁹.

Claro que el planteamiento de Dworkin es diferente, porque él no es partidario de remitir la decisión exclusivamente al contexto actual; también es necesario, como hemos visto, que sea coherente con la práctica jurídica y la historia previas. Pero creo que bajo sus consideraciones a veces hay un reconocimiento implícito del valor de las circunstancias del caso a la hora de establecer la solución para un caso: sus manifestaciones al hablar del “peso” de los principios así parecen indicarlo⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. ALEINIKOFF, T.A., “Updating Statutory Interpretation” en *Michigan Law Review* 87 (1988), pp. 49-50 y 57.

⁸⁰ Esto puede estar relacionado con el problema de la ontología jurídica, una realidad que Dworkin rechaza expresamente. Cfr. *A Matter...*, cit., p. 168, donde declara que en la interpretación no podemos encontrar significados ontológicos independientes del texto, situados en un universo aparte. La misma idea aparece en *Law's...*, cit., p. 81. De todas formas, su negativa es algo confusa. Explica que hay límites internos y externos a la interpretación. Los importantes son los internos, porque Dworkin considera que no hay argumentos acerca de la objetividad en los asuntos morales que sean externos, sólo argumentos morales: “I believe, for example, that slavery is unjust in the circumstances of the modern world. I think I have arguments for this view, though I know that if these arguments were challenged I would in the end have to rest on convictions for which I had no further direct argument”. (*A Matter...*, cit., p. 171). Es decir que los argumentos morales no tienen un sentido real o una verdad que trascienda esa empresa. Si los juicios morales pueden ser objetivos es una cuestión moral. Y si hay objetividad en la interpretación es cuestión de interpretación. Rechaza el escepticismo externo según el cual todos los juicios interpretativos pueden ser revisados según una realidad externa. (Cfr. *A Matter...*, cit., pp. 174-176). Sin embargo, a veces incurre implícitamente en referencias a realidades de ese tipo “ontológico”. Así, explica que hay derechos que “as men do have”. Afirma que, para defender la *right thesis*, hay que aceptar dos ideas: la primera la “vaga pero poderosa idea de dignidad humana”: supone que hay formas de tratar a un hombre que son inconsistentes con su dignidad y son, por tanto, injustas. Y al comentar la igualdad, escribe que “I do not want to defend or elaborate these ideas here, but only to insist that anyone who claims that citizens have rights must accept ideas very close to these”. *Taking...*, cit., pp. 198-199. En una nota al pie precisa que estas ideas no necesitan ser axiomáticas; pueden basarse en criterios utilitaristas.

Si seguimos ceñidos al mundo norteamericano encontramos defensas de ese acercamiento circunstancial. A.L. Goodhart nos recuerda que ya desde los inicios del siglo XX, los tribunales superiores estadounidenses no se consideraban totalmente vinculados por los precedentes, sino que matizaban su aplicación según la justicia del caso⁸¹. La atención a ese elemento provoca que el razonamiento judicial sea un proceso complejo muy alejado de un modo de pensar mecánico. Una de las fases de la decisión judicial es la determinación de la *ratio* o fundamento de la solución y para establecerla el juez ha de tener en cuenta las circunstancias del caso⁸².

Aunque no admita explícitamente esta situación, reconoce, sin embargo, que su teoría implica la concesión de un poder considerable para los jueces. Sobre todo, porque son ellos los que deciden en última instancia lo que significa la Constitución⁸³ y porque la determinación del Derecho concreto está en sus manos y eso provoca cierto grado de variabilidad en los argumentos según el problema que reclame solución⁸⁴. Sus últimas referencias a la lectura moral de la Constitución así lo muestran⁸⁵.

⁸¹ Vid. "Case Law in England and America", *The Cornell Law Quarterly* XV (1930).

⁸² Cfr. Allen, C.K., *Law in the Making*. Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 290-291 y 293. Sobre la decisión en el *common law*, Allen escribe que el governing principle ha de ser extraído de fuentes diversas y que "every *ratio* is an *interpretation* of authorities in the light of the facts of the instant case". *Op. cit.*, p. 260. La cursiva es de Allen. Al tratar sobre la interpretación de las reglas, J. Gordley pone de manifiesto que una apreciación teleológica es fundamental y la comprensión de la finalidad de la norma sólo puede efectuarse adecuadamente teniendo en cuenta las circunstancias en las que se producirá el resultado. Cfr. "Legal Reasoning. An Introduction", *California Law Review* 72 (1984), pp. 142-143.

⁸³ Cfr. *El dominio de la vida*, cit., pp. 163-164.

⁸⁴ D.A.J. Richards, indica que, para Dworkin, los principios son "proteicos", y cambian de caso a caso. Cfr. *Op. cit.*, pp. 1284-1285.

⁸⁵ Cfr. *Freedom's Law*, cit., pp. 3 y 37, por ejemplo, donde afirma que las convicciones sobre la justicia que posee el juez influyen algo en la decisión. Algunos autores ya desde los primeros momentos ha acusado a Dworkin de ofrecer una teoría que no garantiza en absoluto la certeza jurídica y deja abierto el camino a la legislación judicial. Cfr. por ejemplo las opiniones de

La verdad es que no es tan grave admitir que, en ciertos casos y en cierto grado, el juez crea Derecho. Encontramos testimonios en ese sentido de jueces contemporáneos de Dworkin que no parecen especialmente preocupados por ello⁸⁶. Tal vez porque son conscientes de lo inevitable del aspecto creador que a veces implica la concreción de una respuesta a partir de un criterio jurídico de carácter general y de las exigencias del asunto⁸⁷. Es posible que ese reconocimiento falte en la obra del autor al que están dedicadas estas páginas.

K. Greenawalt y J.L. Mackie en sus estudios respectivos, “Policy, Rights and Judicial Decision”, p. 112, y “The Third Theory and Law”, p. 169, ambos en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, cit.

⁸⁶ Vid., a título de ejemplo, Tate, A. Jr., “The ‘New’ Judicial Solutions: Occasions for and Limits to Judicial Creativity”, en *Tulane Law Review* 54 (1980), pp. 885 y ss. Kaye, J.S., “State Courts at the Dawn of a New Century: Common Law Courts Reading Statutes and Constitutions”, *New York University Law Review* 70 (1995), pp. 25-26. Pollock, S. G., “The Art of Judging”, *New York University Law Review* 71 (1996), pp. 600-604. De todas formas estos representantes de la judicatura admiten la creación pero dentro de limitaciones: el margen del juez nunca es tan amplio como el del legislador, porque hay un conjunto de principios, tradiciones, reglas etc., que forman un marco en el que debe moverse. W. Friedmann había sintetizado esta actitud declarando que la creación del Derecho no está sólo en manos del poder legislativo. Los jueces también tienen competencia creativa, aunque sólo caso por caso: no pueden establecer una nueva institución como hace el legislador. *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking* en *Essays of Jurisprudence from the Columbia Law Review*. New York / London, Columbia University Press, 1964, pp. 109 y 119.

⁸⁷ Desde las posiciones de la hermenéutica jurídica europea, A. Kaufmann ha escrito que el lenguaje del Derecho “habla” de dos formas: “durch den Akt der Normsetzung und durch den Akt der Entscheidung. Beide Akt sind schöpferisch. (...) Gesetzeskraft und Rechtskraft sind notwendig aufeinander bezogen. Nicht dass die Rechtskraft stärker wäre als die Gesetzeskraft, wie Oskar Bülow meinte –es gibt keine Gesetzeskraft ohne Rechtskraft, wie es andererseits ohne Gesetzeskrat (ohne effektive Norm) auch keine Rechtskraft geben kann. Das ist kein Widerspruch zum Prinzip der Gewaltenteilung, vielmerh gerades seine wahre Beduetung”. “Die Geschichlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik”, en *Op. cit.*, p. 50. F Carpintero, ha resaltado la importancia de las circunstancias y las demandas del problema o institución -que genéricamente podemos denominar “las cosas”- a la hora de determinar el Derecho. Cfr. *Derecho y Ontología jurídica*. Madrid, Actas, pp. 203 y ss.

EL LIBERALISMO DE RONALD DWORKIN A PROPÓSITO DE *ÉTICA PRIVADA E IGUALITARISMO POLÍTICO*

Cristóbal Orrego
Universidad de Chile

Las ideas de Ronald Dworkin sobre la filosofía política tienen el atractivo de, presentarse como un liberalismo *renovado*, que él denomina “igualdad liberal”. Su libro *Ética privada e igualitarismo político*¹ elabora una síntesis de la tradición liberal y propone una versión propia que la supere, sin dejar por eso de pertenecer a *la misma tradición*. En este artículo nos serviremos de la obra citada para presentar y valorar el nuevo liberalismo del profesor Dworkin. Hemos dividido este trabajo en dos apartados. El primero expone sintéticamente el pensamiento de Dworkin sobre los fundamentos de la “igualdad liberal”. El segundo apartado valora críticamente las tesis y los argumentos del profesor de Oxford.

1. LOS FUNDAMENTOS DE LA “IGUALDAD LIBERAL”

Dworkin intenta “encontrar los fundamentos del liberalismo”², lo cual consiste simplemente en relacionar la filosofía política liberal “con

¹ DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político* (Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1993), traducido por Antoni Domenech del original *Foundations of Liberal Equality* (Salt Lake City, University of Utah Press, 1990). Se cita la versión castellana como EP. Además de este libro, Dworkin ha publicado una serie de artículos sobre la igualdad liberal, citados en EP, p. 52.

² EP, p. 39.

otra parte de nuestro mundo intelectual, con nuestras ideas acerca de lo que constituye una buena vida”³. Esta empresa exige desarrollar dos temas: cuál es la esencia del liberalismo como filosofía política y cuál es la ética –o visión sobre la vida buena– con la que la filosofía política ha de relacionarse para quedar suficientemente fundamentada⁴.

1.1 ¿Qué es el liberalismo?

El profesor de Oxford reconoce que “apenas se puede decir que (su tesis sobre la esencia del liberalismo) haya sido desarrollada en forma alguna”⁵ a lo largo del libro. Tendremos que espigar aquí y allá los elementos necesarios para resolver esta cuestión. El tema no es trivial desde la perspectiva de un lector que no participa del consenso cultural norteamericano, y mucho menos puede serlo para quien tiene una visión del liberalismo tal como aparece en sus fuentes clásicas, antes de que la filosofía política y jurídica angloamericana haya adquirido la importancia y difusión actuales.

Dworkin comienza su exposición sobre la necesidad de fundamentar el liberalismo a partir de la noción común vigente: “Para la mayoría de la gente, liberalismo significa una determinada clase de ideas políticas crudas y poco refinadas que puedo resumir en tres enunciados”⁶.

³ Ibídem. Dworkin no cree que se pueda llegar a unos “axiomas evidentes e irresistibles” en los que fundar los principios de la filosofía política. Posiblemente tiene como antecedente de esta discusión el tipo de fundamentación filosófica que la filosofía clásica buscaba en los primeros principios de la razón práctica, “evidentes por sí mismos”. El autor que en su ámbito académico ha expuesto con más fuerza la tesis clásica es John Finnis; pero no parece que Finnis conciba esos valores y principios básicos “evidentes” como proposiciones evidentes por sí mismas para todos y sin condiciones, es decir, “irresistibles”. La imagen de Dworkin puede corresponder, quizás, al iusnaturalismo racionalista de la época que, paradójicamente, vio nacer el liberalismo que ahora se busca fundamentar. Sobre este punto, cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1980), pp. 29-33 y 64 y ss.

⁴ Cfr. EP., pp. 44-46.

⁵ Ibídem., p. 46.

⁶ Ibídem., p. 49.

Los tres enunciados que definen el liberalismo “para la mayoría de la gente” son tres “crudas intuiciones liberales”⁷, “aspectos de carácter tanto como hábitos de pensamiento”⁸. Los liberales (i) “son, por lo menos, modestamente igualitaristas”⁹ en lo relativo a las riquezas¹⁰, (ii) “insisten en sacralizar un buen número de derechos individuales a la libertad” y (iii) “son, en general, tolerantes respecto de la moralidad personal”¹¹. Dworkin advierte que las tres intuiciones básicas del liberalismo “no constituyen una filosofía política”¹². Luego, para saber qué es el liberalismo como filosofía política necesitamos “una descripción más discriminante, más afiligranada, de esos componentes del liberalismo”¹³.

El profesor de Oxford nos dice que los filósofos *construyen* sus concepciones políticas del liberalismo definiendo y ordenando esas intuiciones de una manera sistemática, formulando principios políticos “que dan pautas de amplio espectro para el uso del poder político coercitivo”¹⁴. Eso es dar una “interpretación política” del liberalismo. En un segundo momento, los filósofos elaboran una “interpretación filosófica” del liberalismo, es decir, buscan vincular la concepción política con “otras ramas del conocimiento, de la creencia y de la convicción”¹⁵ (ontología, epistemología, psicología, economía). Se busca “la construcción global de una filosofía política”¹⁶, “un sistema, no sólo un conjunto”¹⁷: “esperamos que nuestras convicciones

⁷ Ibídem., p. 51.

⁸ Ibídem., p. 50.

⁹ Ibídem., p. 49.

¹⁰ Cfr. ibídem.

¹¹ Ibídem., p. 50.

¹² Ibídem.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibídem., p. 51.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Ibídem., p. 52.

¹⁷ Ibídem.

políticas sean nutridas, y no solamente toleradas, por nuestra teoría económica, por nuestra psicología, y por nuestra metafísica”¹⁸.

Dworkin da prioridad a la construcción de la interpretación política, al menos expositivamente¹⁹; pero afirma que “el proyecto de investigar los fundamentos de nuestras convicciones políticas es reflexivo”²⁰. En consecuencia, se *elige* una concepción del liberalismo que vaya a ser coherente con nuestros compromisos intelectuales generales, y también se revisa esa concepción política a medida que investigamos sus fundamentos filosóficos más amplios²¹. Por eso, al elegir entre la estrategia de Dworkin para justificar éticamente el liberalismo y la estrategia contraria, representada actualmente por Rawls, “estamos eligiendo también entre dos formas de liberalismo”²².

El autor explica la esencia del liberalismo con las siguientes palabras:

“El liberalismo es especial y es interesante porque insiste en que la libertad, la igualdad y la comunidad no son tres virtudes políticas distintas y –a menudo– en mutuo conflicto, como sostienen otras doctrinas políticas situadas a la derecha y a la izquierda del liberalismo, sino aspectos complementarios de una única concepción política, de modo que no podemos garantizar, o entender siquiera, uno de esos tres ideales políticos independientemente de los demás”²³.

La concepción que Dworkin llama “igualdad liberal” pretende captar ese “nervio emocional del liberalismo [...] Que pareció tan natural entre los revolucionarios europeos y americanos de hace dos centurias”²⁴. La igualdad liberal “concibe la igualdad, la libertad y la comunidad” como “fundidas una con otra en un ideal político global”, el cual incluye cuatro “ideas principales y más controvertidas”²⁵:

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Cfr. ibídem.

²⁰ Ibídem., p. 66.

²¹ Cfr. Ibídem., p. 52.

²² Ibídem., p. 66.

²³ Ibídem., pp. 44-45.

²⁴ Ibídem., p. 45

²⁵ Ibídem., p. 91

(i) distingue entre personalidad –gustos, proyectos, ambiciones, etc.– y circunstancia –los recursos disponibles– para defender la igualdad de circunstancia; (ii) usa como criterio de igualdad no el bienestar, sino los recursos; (iii) exige que los recursos sean idénticos entre los miembros de la sociedad ideal, y (iv) es tolerante de modos de vivir basados en convicciones éticas diversas (erróneas)²⁶.

A esta descripción del “liberalismo” podemos añadir la tesis fundamental de Dworkin, a saber, que “el liberalismo es continuo con la mejor ética personal”²⁷; “se desarrolla de un modo natural a partir de la ética”²⁸.

1.2 ¿Cuál es la ética filosófica verdadera?

Con el fin de encontrar los fundamentos filosóficos del liberalismo²⁹, gran parte del esfuerzo intelectual del autor se dirige a *construir* una ética de la cual pueda llegarse naturalmente a las tesis políticas. Dworkin construye su ética filosófica comenzando con algunas estipulaciones lingüísticas. Según Dworkin, la ética en sentido lato se refiere “al arte de vivir”, y tiene dos ramas: la “moralidad” –“cómo debemos tratar a los demás”– y el “bienestar” o “ética en sentido restricto” –“cómo debemos vivir para proporcionarnos a nosotros mismo una buena vida”–³⁰.

Dworkin se pregunta: “¿Qué *clase* de bondad ha de tener una vida?”³¹. La cuestión ética estricta sobre “la buena vida” es compleja

²⁶ Cfr. dos descripciones no del todo concordantes de estas “cuatro” ideas en EP, pp. 91-95 y EP, p. 161. Dworkin se refiere a la tolerancia de las acciones éticamente “erróneas” –no sólo “diversas”– según la ética del que tolera: cfr. EP, pp. 170-171 y 193 y ss.

²⁷ EP, p. 44.

²⁸ *Ibidem.*, p. 160.

²⁹ En realidad, Dworkin no busca todos los fundamentos, sino sólo los “éticos”: “Comenzaré por el contiguo territorio de la ética y me mantendré en él” (EP, p. 53).

³⁰ Cfr. EP, p. 47. Advierte que llamará “ética” a secas a esta rama de la ética en sentido amplio.

³¹ *Ibidem.*, p. 97.

y tiene estructura. Para explicar esta estructura el autor expone la siguiente distinción:

“El *bienestar volitivo* de alguien resulta *mejorado* [...] cuando tiene o consigue lo que, de hecho, desea. Su *bienestar crítico* resulta *mejorado* por tener o por conseguir lo que *debería desear*, es decir, los logros o experiencias *no querer* los cuales haría su *vida peor*.”³²

Dworkin apunta a la idea de objetividad moral, como fundamento de las conclusiones éticas sobre lo que debemos querer: “el interés crítico tiene una dimensión objetiva [...] tiene sentido suponer que he cometido un error respecto de mi interés crítico.”³³

Dworkin busca una descripción de los intereses críticos tal que, quienes la acepten, y busquen ese bienestar crítico, “se deslizarán de un modo natural hacia alguna forma de política y de práctica liberal”³⁴. Para eso plantea una serie de problemas y enigmas clásicos de la ética racional, que Dworkin llama “inquietudes y enigmas en torno de los intereses críticos”. Después, Dworkin distingue dos modos de enfrentar y resolver esas cuestiones, para mostrar la superioridad de su propio modelo ético sobre el otro. Uno, el “modelo del impacto”, “sostiene que el valor de una buena vida consiste en su producto final, esto es, en sus consecuencias para el resto del mundo”³⁵. El otro, el “modelo del desafío”, “afirma que el valor de una buena vida radica en el valor inherente a un vivir diestramente realizado”³⁶. Dworkin acude a los ejemplos de una zambullida elegante y de escalar el Everest para explicar lo que es una realización diestra –no moral, en este caso–, y afirma que este modelo: “Adopta el punto de vista aristotélico de que una buena vida tiene el valor inherente de un ejercicio ejecutado con destreza. De modo que sostiene que los acontecimientos, los logros y las experiencias pueden tener valor ético aun si no tienen el menor impacto más allá de la vida en la que ocurren. [...]

³² Ibídem., pp. 97-98. Los énfasis son añadidos, salvo el de la palabra “no”.

³³ Ibídem., p. 99.

³⁴ Ibídem., p. 101.

³⁵ Ibídem., p. 111.

³⁶ Ibídem., pp. 111-112.

El modelo del desafío sostiene que vivir una vida es lo mismo que ejercitar algo que requiere destreza, que la vida es el reto más importante y global al que nos enfrentamos, y que nuestros intereses críticos consisten en los logros, los acontecimientos y las experiencias que dan testimonio significativo de que hemos superado bien ese reto³⁷.

El profesor de Oxford prevé la objeción de que su modelo ético es vacío o “poco informativo”³⁸ por no definir un bien objetivo cuya consecución signifique superar el reto de la vida.

Responde que “[e]sta crítica estaría mal concebida”³⁹, porque “los dos modelos descansan en convicciones que se supone que ya tenemos”⁴⁰. Su modelo “supone que tenemos convicciones acerca de cómo vivir bien: *y no las juzga*”⁴¹.

El modelo del desafío no juzga convicciones, “sino que declara que entenderemos mejor nuestra vida ética si la contemplamos del modo por él recomendado, como opiniones acerca de la diestra realización de una tarea autoimpuesta más que como opiniones acerca de cómo podemos cambiar el mundo para mejor”⁴².

Dworkin plantea, a continuación, algunos enigmas sobre los intereses críticos, para demostrar que su modelo los resuelve mejor que el contrario. Estos problemas, son, en síntesis, los del sentido último de la vida, la universalidad de la ética, el valor de la justicia para la moral personal, las relaciones entre convicción y valor moral de la acción y las relaciones entre la ética personal y la comunidad. La introducción de Dworkin a estos temas no considera las respuestas clásicas más conocidas. En este artículo no nos detendremos en estos aspectos, cuyo tratamiento se justifica para mostrar que la ética de Dworkin es

³⁷ Ibídem., p. 116.

³⁸ Ibídem., p. 117.

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Ibídem., pp. 117-118. Énfasis añadido.

⁴² Ibídem., p. 118. Énfasis añadido.

una ética superior a los modelos alternativos, entre los cuales –reitero– no se encuentran los rivales históricos verdaderos⁴³.

1.3 De la ética a la política

Después de la extensa exposición sobre la ética filosófica, que nosotros hemos omitido, Dworkin manifiesta la esperanza de que sus lectores estén convencidos de la importancia del modelo del desafío como “una interpretación mejor (...) de sus prácticas e intuiciones”⁴⁴, como un modo diferente de organizar nuestras convicciones⁴⁵.

Dworkin sostiene que su “tesis de que las raíces éticas del liberalismo se halla en el modelo del desafío, [y] puede juzgarse ecuanímente aun rechazando el liberalismo y ese modelo”⁴⁶.

Él intenta fundamentar el “liberalismo” en la ética siguiendo *la estrategia de la continuidad entre ética y política*, opuesta a la fundamentación contractualista. Dworkin llama la atención sobre “una distinción importante”⁴⁷ entre dos estrategias destinadas a resolver el “problema de qué razón tiene la gente para ser liberal”⁴⁸, es decir, estrategias para mostrar que la perspectiva personal y la perspectiva política son compatibles. La “estrategia de la discontinuidad” busca “motivos que la gente pueda tener [...] para poner entre paréntesis sus propias convicciones sobre la buena vida cuando actúan políticamente”⁴⁹. Esta estrategia sostiene que la política es artificial, una construcción

⁴³ Para una visión más apegada a la historia real de la contraposición de modelos éticos sólidamente fundados, puede verse MACINTYRE, A., *A Short History of Ethics*, trad. cast. *Historia de la Ética* (Barcelona, Paidós, 1991), capítulos 4-6 y 9; y, del mismo autor, *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopaedia Genealogy and Tradition*, trad. cast. *Tres Versiones Rivales de la Ética. Enciclopedia. Genealogía y Tradición* (Madrid, Rialp, 1992).

⁴⁴ EP, p. 160.

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 159.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 160.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem.*, p. 59.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 42.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 43.

que tiene precisamente el mérito de poder ser abrazada por personas con convicciones éticas personales distintas y en conflicto, como puede ocurrir entre las partes de un contrato comercial, que ha sido el paradigma de la estructura formal de esta estrategia. “Los filósofos liberales, desde Locke hasta Rawls, han definido y defendido el liberalismo a través del mecanismo de un contrato social”⁵⁰. La “estrategia de la continuidad”, por el contrario, preconiza que las “convicciones políticas estén a la altura de [las] convicciones acerca de la buena vida”⁵¹, de modo que éstas no sean puestas entre paréntesis a la hora de votar. Así, “la continuidad ofrece al liberalismo unos fundamentos distintos”⁵². Su tesis es que “un diálogo deliberativo real, que abarque las diferentes tradiciones éticas de nuestra comunidad política, se asentaría en principios liberales si asumiera la ética del desafío”⁵³.

Para mostrarlo imagina la reflexión de un grupo de “liberales éticos”, personas que “representan el espectro de opiniones que la gente tiene realmente en nuestro mundo”, a la vez que “todos entienden sus convicciones éticas al modo propuesto por el modelo del desafío”⁵⁴. Los liberales éticos, según Dworkin, “tienen una buena razón para convertirse en liberales políticos” y para abrazar la “igualdad liberal”⁵⁵. Los liberales éticos, a diferencia de los negociadores en la estrategia contractualista de Rawls, no tienen restricciones informativas ni tampoco negocian en favor de sus propios intereses solamente, porque sólo tienen interés en una mayor parte de recursos para ellos condicionalmente, a saber, si eso resulta de una teoría correcta de la justicia. La justicia es parte del autointerés de los liberales éticos, lo cual “tiene grandes implicaciones para una teoría de la justicia construida sin solución de continuidad con el modelo del desafío”⁵⁶. El empeño de

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 61.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 63.

⁵² *Ibidem.*, p. 63.

⁵³ *Ibidem.*, p. 160.

⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 160-161.

⁵⁵ Cfr. la descripción de la “igualdad liberal” en EP, pp. 87-96 y 161, y en este artículo supra 1.

⁵⁶ EP, p. 164.

Dworkin será, para terminar el ensayo, mostrar dicha continuidad en relación con los diversos rasgos del liberalismo que él mismo ha definido.

Los liberales éticos arribarían a una primera conclusión propia de la igualdad liberal: “la justicia se mide por los recursos que la gente tiene, no por el bienestar que consigue con esos recursos”⁵⁷.

Dworkin imagina un sistema de “justicia del bienestar” con activa intervención de funcionarios encargados de lograrla, y muestra no sólo su inviabilidad de hecho, sino también que los “liberales éticos” tienen razones para rechazarlo. Los liberales éticos han rechazado la concepción que sólo considera los intereses volitivos y la concepción que considera los intereses críticos según el modelo del impacto (v.gr., el utilitarismo), por lo cual necesitarían una concepción de la justicia en la cual los recursos entren en la ética como parámetros normativos. En segundo lugar, la justicia del bienestar socava el reto de vivir, del que depende la bondad de una vida, porque la intervención de los funcionarios –aun si fuese perfecta en la distribución del bienestar– implica dejar de lado una parte importante del desafío: “la capacidad de las personas para identificar cuál de las vidas que podrían llevar es, de hecho, una vida buena para ellos”⁵⁸.

De modo que los liberales éticos no aceptarían un poder público distribuidor del bienestar “justo”. Ahora bien, si el reto ético consiste en responder bien a las circunstancias correctas, “una de las funciones del poder público debe ser colaborar para que las circunstancias sean las correctas. El poder público debería organizar el escenario; debería proporcionar el marco en el que la gente pueda decidir qué papel puede representar correctamente”⁵⁹. No obstante, Dworkin sostiene que la tesis del “liberal ético” deja abierta la cuestión de cuáles son las circunstancias correctas.

Dworkin, dando un paso más en la vinculación ética-política, intenta demostrar que los liberales éticos –quienes comparten su “modelo del

⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 164-165.

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 170.

⁵⁹ *Ibidem.*, pp. 171-172.

desafío”– necesitan sostener la tesis de la “igualdad liberal” según la cual la porción justa de recursos es “una porción igual para todos”⁶⁰. El argumento, en síntesis, es como sigue.

Para el liberal ético la justicia es un parámetro del valor de su vida: “una porción grande no es buena para él a menos que sea justa”⁶¹. Luego, Dworkin afirma que, al tratar la cuestión de la justicia como parte de la ética, los liberales éticos “deciden qué porción de recursos debería tener cada uno decidiendo qué parámetros definidores del carácter de la propia buena vida deberían resultar aceptables para todos”⁶². Inmediatamente después añade la respuesta de los liberales éticos:

“Supongamos que, como punto de partida, suponen que todos los miembros de una comunidad política deberían enfrentarse al mismo reto ético abstracto y que, en consecuencia, lo adecuado es que se asigne a cada uno idéntica porción de recursos”⁶³.

Dworkin continúa analizando un par de contraargumentos posibles. En particular, considera un argumento que apela a la diferencia inherente de valía entre grupos y personas (aristocracia, raza, pueblo, talento, belleza...). Los liberales éticos niegan que esas desigualdades sean relevantes para definir la justicia, porque piensan que es parte

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 172.

⁶¹ EP, p. 173. Dworkin infiere de aquí “una conclusión sorprendente: la mayoría de los argumentos contemporáneos a favor o en contra de teorías de la justicia determinadas serían inútiles para los liberales éticos” (*ibidem*). En efecto, las estrategias contractualistas justifican una u otra teoría de la justicia en función de los diversos intereses de la gente, y este modo de justificar la justicia es circular –si se apela a intereses críticos, entre los que debería estar ya la “justicia”– o simplemente arbitrario –si se desvinculan los intereses a que se apela de los intereses críticos, los que se deben tener y que incluirían la justicia misma. Cfr. EP, p. 173-177. Nosotros podemos observar que Dworkin simplemente no toma en cuenta las teorías clásicas de la justicia, para las cuales sostener que la justicia es un parámetro de la vida buena es una tesis central. Cfr. PLATÓN, *Gorgias*, 468e-480e; *República* 1, 335c-336a, 347e, 352d-354c; ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* V, c. 11, 1138a-b; TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* 11-11, q. 58, aa. 3, 6 y 12.

⁶² EP, p. 177.

⁶³ *Ibidem.*, p. 177.

del desafío ético que cada persona decida por sí misma su identidad ética, es decir, si esas propiedades diferenciadoras son parámetros de su vida o solamente oportunidades o limitaciones con las que tiene que lidiar para vivir una vida definida de un modo totalmente diverso. En consecuencia, “el reto de vivir es más abstracto que el reto de vivir desempeñando un determinado papel”⁶⁴. Luego, se ha de aceptar la suposición citada.

Después, el profesor de Oxford intenta demostrar que los liberales éticos podrán ser “igualitaristas” en su política y, a la vez, parciales en la perspectiva personal. Esto no sería posible si la justicia consistiera en igualdad de bienestar, pues si cada uno usara sus recursos para mejorar su bienestar y el de los suyos en poco tiempo habría diferencias de bienestar y tendríamos que volver a empezar el proceso de igualarlo. Dworkin afirma que “ése no es el caso [...] si por igualdad entendemos igualdad de recursos”⁶⁵. Después ilustra la tesis de la igualdad de recursos suponiendo una subasta en la que todos los interesados intervienen con un número idéntico de fichas, pujando hasta que todos están satisfechos con la cesta de recursos que han adquirido⁶⁶. De este modo, los bienes que han sido asignados a través de una subasta justa y equitativa son *moralmente* suyos del asignatario, y –según la teoría de la justicia de Dworkin– yo respeto igualitariamente a los demás cuando no utilizo recursos que son propiamente suyos, cuando no me excedo de mi justa porción a sus expensas. Esta igualdad de recursos

⁶⁴ Ibídem., p. 178.

⁶⁵ Ibídem., p. 180.

⁶⁶ Esta distribución es posible respecto de los recursos impersonales –tierra, materias primas, etc.–, pero no respecto de los recursos personales –calidades de mente y cuerpo, talento, etc.–, por lo cual la “igualdad liberal” intentará idear mecanismos que compensen esas diferencias de recursos personales y también las que se deban a la suerte. Cfr. EP., pp. 88-90. Dworkin no explica cómo la distribución de recursos impersonales podría compensar la carencia de recursos personales, que realmente son inconmensurables. Tampoco explica por qué una carencia de salud, de inteligencia, de talento o de carácter, podría dar origen a un derecho a mayores recursos impersonales. Finalmente, cabría observar que para una “ética del desafío” las diferencias de recursos personales y de suerte simplemente cambian el carácter del desafío, pero no exigen compensaciones para poder plantear y vencer el desafío

y su respeto “da licencia para la parcialidad”, pues a partir de esa asignación justa –mediante la subasta que supera el test de la envidia–⁶⁷ no podrá ser injusta la decisión que, respetando los recursos de cada uno, utilice los propios en beneficio del bienestar de uno mismo y de su familia⁶⁸.

El autor se plantea el problema “más complejo” de que, con el paso del tiempo y las diferencias de recursos heredados, los que vengan después (hijos) “no tendrán recursos iguales”. El profesor de Oxford sugiere que se ha de buscar alguna forma de reconocer y “reducir la desigualdad así generada”⁶⁹.

Finalmente, Dworkin intentará probar que los “liberales éticos” llegarán de modo natural a la “tolerancia” y “neutralidad” en el sentido defendido por su teoría de la igualdad liberal. Dos son los modos de neutralidad que Dworkin intenta fundar en una ética del desafío: la “neutralidad del atractivo” –la teoría política sienta principios aceptables por gente de muy diversas tradiciones éticas– y la “neutralidad en el modo de operar” –que de hecho se tolere a las personas, sin castigarlas ni discriminarlas por sus convicciones éticas.

El profesor de Oxford intenta defender ambos tipos de neutralidad, pero de modo diverso al contractualismo, que conseguía la neutralidad separando la política de la ética. El profesor de Oxford quiere demostrar que su teoría ética apela de hecho a principios que “podrían ser ampliamente aceptados sin que la gente tuviera que abandonar convicciones que es muy improbable que abandone”⁷⁰, y así posee la neutralidad del atractivo. En cambio, la tolerancia o neutralidad en el modo de operar se consigue “sólo si esos fundamentos éticos la implican”⁷¹.

Dworkin, para demostrar que la neutralidad del atractivo está en su concepción ética afirma que “el modelo del desafío captura

⁶⁷ Cfr. EP, p. 88.

⁶⁸ Cfr. *Ibidem.*, pp. 180-181.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 181, nota 53.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 190.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 190.

intuiciones éticas que casi todo el mundo tiene”, mejor que otras teorías éticas, y “por eso debería resultarle atractivo el modelo a la gente. [...] la duradera vitalidad del liberalismo sugiere que el modelo del desafío, o al menos aspectos centrales del mismo, ha tocado la imaginación ética de mucha gente”⁷². Luego, la mayoría de las personas no necesitan cambiar sus convicciones para adoptar los principios: éstos ya tienen la neutralidad del atractivo. La igualdad liberal alberga una promesa de consenso: “deberíamos ser capaces de presentarla a políticos ilustrados y democráticos con alguna garantía de éxito”⁷³. Dworkin explica que su “igualdad liberal” no exige a nadie que cambie sus convicciones sobre cómo vivir en primera persona (v.gr., religiosamente o en la promiscuidad sexual), pero sí sobre cómo deben vivir los demás (que acepten que se puede superar el reto de vivir con identidades éticas diversas). Y esto sería más fácil. Esta idea optimista de que la mayoría podría cambiar sus opiniones éticas en tercera persona y aceptar el atractivo modelo del desafío “no se aplica, claro está, a los fanáticos que piensan que Dios los castigará para toda la eternidad a menos que nos maten. No debemos volverles la espalda ni a ellos ni a su equipaje, pero está claro que no pueden formar parte de nuestra comunidad política”⁷⁴.

El profesor de Oxford presenta, después, los fundamentos de la igualdad liberal para la tolerancia propiamente dicha, o “neutralidad en el modo de operar”. Dworkin “distingue dos clases de razones que una comunidad política podría ofrecer como justificación para negar la libertad”⁷⁵: una razón de justicia, “declarar fuera de la ley una conducta porque la teoría óptima de la justicia así lo requiriera”⁷⁶ (v.gr., el robo), o una razón ética, por “pensar que la conducta que declara fuera de la ley, aunque no es contraria a la justicia, quita sentido, o corrompe, o tiene malas consecuencias de otro tipo, para

⁷² Ibídem., p. 192.

⁷³ Ibídem.

⁷⁴ Ibídem., p. 193.

⁷⁵ Ibídem.

⁷⁶ Ibídem.

la vida de su autor”⁷⁷. “La igualdad liberal niega la legitimidad de la segunda razón, de la razón ética, para poner a una conducta fuera de la ley”⁷⁸. Sin embargo, la igualdad liberal no pretende ser “éticamente neutral” –en el sistema de justicia liberal habrá conductas más fomentada y otras más caras y difíciles–, ni impide hacer campañas en favor de lo bueno. Simplemente niega a la mayoría un arma: “deben abstenerse de prohibir a nadie llevar la vida que desea, o de castigarle por hacerlo, sólo porque piensen que las convicciones éticas en que se funda esa vida son incorrectas”⁷⁹. Esta conclusión se apoya en la “noción de justicia que exige igualdad de circunstancias y recursos”⁸⁰, porque las circunstancias son desiguales cuando el derecho prohíbe a alguien llevar la vida que considera mejor “sólo porque otros piensen de otro modo”⁸¹.

Ahora bien, como consecuencia de que el liberalismo de Dworkin se basa en una ética y tiene una teoría de la justicia, “la igualdad liberal no puede ser neutral en sus consecuencias, pues tendrá por resultado el que algunas vidas, que ella misma ni aprueba o desaprueba, serán más difíciles de llevar de lo que lo serían bajo otros sistemas políticos”⁸². Además, admite un paternalismo educativo a corto plazo, que lleve a “una aceptación posterior genuina, no manipulada”⁸³ de la ética. Tampoco es “neutral respecto de ideales éticos que desafían directamente su teoría de la justicia”⁸⁴, por lo cual puede reprimir a ladrones y racistas. En definitiva, la igualdad liberal es neutral respecto de la ética en primera persona “y sólo en la medida en que [...] no implique principios políticos antiliberales”⁸⁵.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Ibidem.*, p. 195.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*, p. 197.

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Ibidem.*, p. 199.

2. VISIÓN CRÍTICA

La dificultad mayor que enfrenta Dworkin consiste en transformar el liberalismo por dentro, sin abandonar ni la tradición ni determinadas convicciones morales concretas consideradas como “conquistas” de los liberales antiguos. Al mismo tiempo, su intento de dar a esas convicciones la solidez filosófica que tenía la ética política que podríamos llamar “preliberal” o “clásica” hace que la originalidad y la fuerza de sus ideas reposen no ya en las tesis mismas, ni en uno u otro argumento particular, sino en la transformación del contexto filosófico precedente y en la invención de nuevas distinciones, y hasta de nuevos usos lingüísticos, que se presentan como convincentes a primera vista. Por eso, la crítica global y de fondo que cabe hacer a toda la obra, antes de entrar en sus diversas tesis, se reduce a desenmascarar una maniobra intelectual de vasto alcance, que puede basarse en la ignorancia del autor o en la del público que le sigue, o en las dos.

Dworkin propone que comencemos a llamar “liberalismo” a una posición ético-política (la suya) que niega el punto central del liberalismo moderno. Naturalmente, la posición dworkiniana *en sí misma* es mejor que el liberalismo: apunta a la doctrina clásica (platónica y aristotélica)⁸⁶ de la *continuidad entre la ética y la política*.⁸⁷ Dworkin

⁸⁶ Él mismo lo reconoce: cfr. EP, p. 46, 104 ss, 116. Véase, además, PLATÓN, *República* 1, 368a y ss., y VIII, 543a y ss.; ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* X, c. 9, 1181b Y 1, cc. 2-3, 1094a-1095a; *Política* 111, c. 9, 1280ª y ss., IV, c. 1, 1288b, VII, c. 2, 1324a.

⁸⁷ Cfr. S. Th., 1-11, qq. 90-91 Y q. 92, a. 1. Me remito a un análisis útil de diversas posiciones liberales acerca de la relación ética “privada”-antropología política: RHONHEIMER, M., “L’Immagine dell’uomo nel liberalismo”, ponencia en el *Convegno di Studio “Immagini dell’uomo. Percorsi Antropologici nella Filosofia Moderna”* (Pontificio Ateneo della Santa Croce, Facoltà di Filosofia, Roma, 29 Feb.- 1 Mar. 1996). Este autor muestra que algunas tesis generales del liberalismo, tal como se ha dado en la filosofía realmente existente, y las instituciones democrático-liberales, son aceptables e incluso “conquistas de la humanidad”, separables de ciertas concepciones ideológicas que postulan una neutralidad ética imposible (actualmente rechazada por liberales como Raz y Dworkin) y una “autonomía fuerte” del individuo. Sin embargo, en mi opinión el artículo de Rhonheimer es demasiado optimista en cuanto a: las

puede ser origen de confusión en la historia del pensamiento, o quizás sólo un síntoma y víctima de una confusión cultural más amplia⁸⁸. Su estrategia consiste en racionalizar las conclusiones del liberalismo histórico –con su carga de permisivismo moral y de libertinaje– para que queden fundamentadas en una ética de las virtudes. La historia política y filosófica del liberalismo tendría, así, la siguiente estructura: primero se niegan las virtudes clásicas so pretexto de libertad política –se adoptan las tesis liberales modernas– y después se recupera toda la fuerza de la fundamentación clásica de la política al servicio de las nuevas conclusiones. El hecho de buscar en Platón la tesis necesaria para unir filosofía política y ética puede hacernos entrever la magnitud de la transformación del liberalismo operada por el actual catedrático de *Jurisprudence* en Oxford. ¡El negocio del siglo!

Lo curioso es que Dworkin reconoce que el liberalismo anterior a él mismo pretendía esa separación entre la teoría política y cualquier concepción de la buena vida personal. Luego, no cabe duda de que, más que refundar el liberalismo, Dworkin cambia la historia o, al menos, las denominaciones tradicionales. Reiteramos que este “nuevo liberalismo” es más aceptable que el antiguo, para la filosofía clásica. Por eso, en el contexto de la filosofía política moderna, Dworkin es un destacado y meritorio crítico de los dogmas fundamentales del liberalismo, si nos atenemos a sus fundamentos éticos. En cambio, si miramos las conclusiones, Dworkin no es más que un fiel servidor intelectual del consenso dominante: no aporta nada sustantivo.

La “estrategia de la continuidad” que sigue Dworkin no sólo “ofrece al liberalismo unos fundamentos distintos”⁸⁹. En realidad, está vaciando al liberalismo de su contenido primitivo. Decir que las convicciones privadas deben guiar la actuación pública es repetir la tesis clásica, como ha hecho recientemente, por mencionar a un “liberal” en el

bondades del sistema liberal democrático vigente en Occidente, y, también, en cuanto a la aceptabilidad de determinadas conclusiones liberales –sugiere que no se justifica el castigo de la sodomía– o a su creencia de que el liberalismo sería compatible con el matrimonio indisoluble.

⁸⁸ Cfr. MACINTYRE, A., *After Virtue*, trad. cast. *Tras la Virtud* (Barcelona, Crítica, 1987), capítulos I-III.

⁸⁹ Cfr. EP, p. 63.

nuevo sentido dworkiniano, el Papa Juan Pablo II⁹⁰. Más aún: cualquier líder religioso –judío, musulmán, etc.–, diría lo mismo. Mi referencia a la religión apunta a una cuestión de fondo que Dworkin sólo trata de pasada y de modo visceralmente despectivo, al oponer su “liberalismo” ya al fanatismo religioso ya a unas éticas religiosas realmente ridículas (como para pensar si alguien las ha compartido alguna vez)⁹¹. En definitiva, presentar las convicciones “liberales” concretas fundadas en una “ética”, la cual a su vez –como hemos visto– *justifica incluso la intolerancia hacia todos los principios “liberales”*⁹², viene a revestir el liberalismo de toda la fuerza de los sistemas religiosos de convicción y de conducta. El resultado tiene por lo menos el mérito de la honestidad, puesto que desde las demás perspectivas religiosas siempre ha sido algo muy claro que las “conclusiones” liberales permisivistas sólo se comprenden a fondo interpretadas como exigencias de una religión, es decir, como absolutos.

Algunas observaciones críticas sobre el detalle de sus argumentos pueden exponerse siguiendo el orden de los temas del apartado precedente.

2.1 Insuficiente y engañoso concepto del liberalismo

La identidad del liberalismo es una cuestión sumamente difícil en el estado actual del desarrollo de una tradición de pensamiento filosófico, político e incluso económico, que cuenta con multitud de defensores actuales y con puntos de referencia clásicos disímiles. Si “apenas se puede decir que haya sido desarrollada en forma alguna”⁹³ la tesis dworkiniana sobre la esencia del liberalismo, el primer defecto de su intento fundamentador consiste en que no tenemos nada muy preciso que fundamentar.

Si nos atenemos al punto de partida de Dworkin, podemos afirmar que el “liberalismo” que intenta justificar no es la consecuencia de

⁹⁰ Cfr. Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, pp. 98 y ss. y *Evangelium Vitae* pp. 68-74, 90, 96.

⁹¹ Cfr. EP., pp. 119-120 y 193.

⁹² *Ibidem.*, p. 46.

⁹³ *Ibidem.*, p. 46.

unos principios éticos, sino que, por el contrario, trata de identificar cuáles son esas tesis liberales concretas –intuiciones instintivas– para después “encontrar los fundamentos”⁹⁴. Ciertamente afirma que quienes acepten su concepción ética evolucionarán hacia la teoría política de la igualdad liberal⁹⁵, pero no perdamos de vista que no ha sido ése su proceso intelectual. Él asume primero las conclusiones y después busca justificarlas mediante argumentos que puedan llevar a otros a las mismas conclusiones. Este fenómeno confirma de alguna manera una tesis de la filosofía moral y política clásica, según la cual las “conclusiones” del razonamiento práctico no se derivan sólo de unas premisas abstractas y generales, sino que están influidas por las disposiciones morales del sujeto, es decir, por aquello que la persona está dispuesta a aceptar como “bueno” porque sus virtudes o sus vicios, antes que cualquier argumentación, le inclinan a eso como una segunda naturaleza. Sin embargo, una ética que es sólo racionalización de “intuiciones” (¿cuáles? ¿de quién?) no merece ser tomada demasiado en serio. Sólo vale la pena una ética que busque los verdaderos fundamentos de un bien moral que se practica, con la disposición de rectificar la práctica que se demuestre contraria al verdadero bien moral.

La aproximación de Dworkin a la noción de liberalismo –sus tres “crudas intuiciones liberales”⁹⁶– guarda afinidad con la filosofía política que describe el sistema democrático como aquel que combina o busca equilibrar “igualdad” y “libertad” como valores o fines básicos del régimen, de un modo más o menos moderado. La tolerancia, por su parte, también está en la base de las ideas políticas que buscaban evitar las guerras de religión –o las persecuciones– mediante arreglos institucionales mínimos, que permitieran una convivencia pacífica entre personas de diversas convicciones. Pero el rechazo de las excesivas diferencias económicas, la defensa de las libertades públicas y la tolerancia de convicciones morales divergentes, son todos aspectos que podría compartir alguien contrario a las políticas “liberales” –o

⁹⁴ *Ibidem.*, p. 39. Cfr. *Ibidem.* 50.

⁹⁵ Cfr. *Ibidem.*, p. 44.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 51.

sea, estadistas— sobre los impuestos y la redistribución económica, contrario a ciertas interpretaciones liberales de qué significa “no discriminar por razón de género” y contrario a la tolerancia de la conducta homosexual. Luego, para saber qué es el liberalismo como filosofía política necesitamos “una descripción más discriminante, más afiligranada, de esos componentes del liberalismo”⁹⁷. Esto dice Dworkin, *pero no nos proporciona esa filosofía política*. Su distinción entre una “interpretación política” y una “interpretación filosófica” del liberalismo no es completada con un efectivo desarrollo de esas dos dimensiones. En efecto, si se *elige* una concepción del liberalismo que vaya a ser coherente con nuestros compromisos intelectuales generales, y también se revisa esa concepción política a medida que investigamos sus fundamentos filosóficos más amplios⁹⁸, no cabe decir que estamos buscando los fundamentos filosóficos de “el liberalismo” —ni del europeo, ni del americano actual, ni del de Locke o Kant o la Ilustración—, pues un cambio en los fundamentos propuestos implica cambiar la idea misma que se intentaba fundamentar.

Si tanto la “interpretación política” como la “interpretación filosófica” —en este caso, restringida sólo a la ética—⁹⁹, son “construcciones” intelectuales que se hacen coincidir una con otra para que en ellas quepan unas cuantas convicciones firmes acerca de lo que se puede hacer en política, no existe un criterio objetivo para “elegir” entre una y otra forma de liberalismo. El único criterio consiste en la coherencia interna de las dos partes de la filosofía política que se propone; pero esa “coherencia” está supeditada a racionalizar las previas convicciones ético-políticas. Luego, al final parece que sólo puede optarse irracionalmente entre un liberalismo y otro, según cuáles sean las íntimas convicciones que tengamos interés en defender o “fundamental”.

En cualquier caso, la pregunta ¿qué es el liberalismo?, punto de partida para proponer su fundamentación, se ha transformado en esta otra: ¿qué quiere Dworkin hacer caer bajo una tradición popular

⁹⁷ Ibídem., p. 50.

⁹⁸ Cfr. Ibídem., p. 52.

⁹⁹ Cfr. Ibídem., p. 53.

norteamericana? En efecto, cuando Dworkin dice que las dos estrategias fundamentadoras implican dos formas de liberalismo, y después nos presenta *una sola tesis* sobre “la esencia” del liberalismo, simplemente propone una conclusión acerca de qué idea política deberíamos aceptar una vez que aceptemos sus ideas éticas. Pero resulta que Dworkin critica la estrategia fundamentadora –y por ende “el liberalismo”– de “los filósofos liberales, desde Locke hasta Rawls”¹⁰⁰. Se esfuerza por mostrar que las críticas contra ese liberalismo apuntan a defectos que el liberalismo aparentemente tiene¹⁰¹, pero que desaparecen cuando se adopta su “igualdad liberal”. Dworkin puede ser una alternativa nueva en toda la historia de la filosofía política liberal, pero esto equivale a decir no que él ha logrado una formulación del liberalismo que supere los defectos correctamente señalados por los críticos, sino que el liberalismo “de Locke a Rawls” –o sea, la verdadera tradición filosófica liberal– es incapaz de superar a sus críticos, que éstos tenían razón, y ahora es menester desandar lo andado. ¡Ah, pero sin renunciar a “las conquistas” del liberalismo en la práctica! Por esta razón resulta fundamental que aparezca, como “verdadero liberalismo”, uno que captura las intuiciones éticas de casi todo el mundo¹⁰², la nueva teoría de Dworkin que rescata como “liberal” la continuidad entre ética y política. Tal es la estrategia del libro. Resulta verdaderamente prudente, porque “Occidente considera hoy al liberalismo como algo evidente”¹⁰³ Y el “back to Plato” de Ronald Dworkin no sería aceptable sino bajo esa etiqueta.

Si pensamos ahora en la descripción del “liberalismo” dworkiniano, vemos que constituye una filosofía política que conserva algunas conclusiones liberales, pero fundamentadas ahora de un modo más

¹⁰⁰ *Ibidem.*, p. 61.

¹⁰¹ *Cfr. Ibidem.*, pp. 42-43, 54-59 y 67-85.

¹⁰² *Cfr. Ibidem.*, p. 192.

¹⁰³ *Cfr. Ibidem.*, p. 43. Aquí Dworkin habla del “liberalismo” de un modo mucho más amplio que el que usará luego excluyendo a los liberales económicos –son numerosos en Occidente– o las políticas de Margaret Thatcher (EP, p. 50), quien gobernó un país relativamente occidental con apoyo popular durante no pocos años. Estos alcances, sin embargo, tienen poca importancia filosófica al lado de su completa redefinición de la tradición liberal.

fuerte –más clásico, antiguo, platónico– que el que permitiría el liberalismo verdadero, tal como se lo entiende en la tradición desde Locke a Rawls. Esta es la maniobra intelectual que nos parece propia de una superficial retórica académica, quizás efectiva ante un público no especializado, pero realmente poco sólida.

Las formulaciones de los ideales liberales son bastante vagas, y, al parecer, simplemente apuntan a englobar esas intuiciones básicas de los que ahora se consideran “liberales políticos” en Estados Unidos, a saber, que hay que intervenir en la economía para obligar a los ricos a compartir sus riquezas con los pobres, y que el poder político debe garantizar los derechos políticos de todos y tolerar no cualquier conducta sino específicamente algunas como la sodomía –es el ejemplo que usa Dworkin, al que podría añadirse el del aborto¹⁰⁴. Si no estuvieran en juego esas conclusiones concretas, enunciadas como ejemplos pero realmente muy importantes, tendríamos que decir, una vez más, que una filosofía política de raigambre preliberal –clásica– también contemplaría principios de igualdad en materia económica que no anulasen las diferencias debidas al ejercicio de una libertad respetuosa del bien común, y contemplaría la tolerancia de conductas inmorales diversas según las circunstancias. Por este motivo, debemos distinguir entre las fórmulas generales de Dworkin, con las que cabría concordar a veces, y las conclusiones prácticas que él dice englobar bajo tales fórmulas. A nuestro modo de ver, ninguna de las conclusiones concretas sobre qué se debe tolerar y qué no, o sobre una determinada política económica, se sigue de sus premisas filosóficas y ni siquiera de sus fórmulas sobre la igualdad liberal.

Por último, la tesis de la continuidad entre la ética personal y la ética política se sitúa, como dice Dworkin, en la tradición de la filosofía política platónica, preliberal. Dworkin tiene razón en este punto, contra toda la tradición liberal. Resulta contundente, con todo, que siga llamando “liberalismo” al resultado, acta de defunción de la estrategia de la discontinuidad entre ética y política.

¹⁰⁴ Cfr. su complicada defensa del aborto –otra racionalización de una conclusión muy simple– en DWORKIN, R., *Life's Dominion* (1993), trad. cast. *El dominio de la vida* (Barcelona, Ariel, 1994).

2.2 Una ética filosófica falsa y superficial

En el pensamiento de Dworkin no siempre resulta clara su posición acerca de la objetividad de la ética: parece afirmarla, pero al mismo tiempo sostiene una suerte de constructivismo ético. Pero si la ética consiste en construir teorías que justifiquen nuestras intuiciones fuertes, o que engloben de modo coherente las intuiciones de la mayoría, no estamos ante una ética verdadera ni objetiva, sino ante una teoría relativa a la sociedad o a los individuos que, por las causas que sean, han llegado a tener determinadas conclusiones como ciertas.

La explicación de Dworkin sobre las clases de bondad –bienestar crítico y volitivo– presupone “la noción de bien. En efecto, distingue los tipos de bien por referencia a lo mejor y lo peor, que incluyen en sí la noción de lo bueno. La distinción, con todo, apunta a una verdad clásica de la filosofía moral, a saber, que no todo lo que una persona puede querer y de hecho quiere está de acuerdo con su verdadero bien, que es la idea subyacente a la afirmación de que hay algo que la persona “debería desear”.

Pero no puede definirse un tipo de bien –el “bienestar crítico” por referencia a lo que uno debería desear, sino más bien explicar qué es lo que deberíamos desear por referencia a un tipo de bien.

Para verlo basta hacer el intento de explicar, con terminología dworkiniana, qué es lo que deberíamos desear –respuesta: el bien, el bienestar crítico...

La idea de un bienestar “crítico” hace referencia, además, a la razón, que es fuente de la “crítica”. La ética clásica veía el bien moral precisamente como un “bien racional”. Por eso, aunque Dworkin no hace la referencia explícita a “la razón”, se da cuenta de que su “proyecto de hallar una ética liberal que sirva de fundamento a la política liberal tiene que concentrarse en el bienestar crítico, no en el volitivo”¹⁰⁵. Busca una descripción de los intereses críticos tal que, quienes la acepten, y busquen ese bienestar crítico, “se deslizarán de un modo natural hacia alguna forma de política y de práctica

¹⁰⁵ EP, p. 101.

liberal”¹⁰⁶. Más simple sería decir que sólo la razón puede fundamentar la política, y que una persona empeñada en vivir conforme a la razón verdadera sobre el bien humano también alcanzará las conclusiones correctas sobre sus deberes en el ámbito político –que Dworkin identifica con las conclusiones liberales. Pero nuestro modo de decirlo tiende a mostrar la práctica moral y política como sometida a una verdad racional, lo cual puede sonar poco “liberal”; en cambio, el modo de decirlo de Dworkin tiende a mostrar el encuentro de una ética liberal como la construcción intelectual que permite racionalizar determinadas conclusiones, y después convencer a otros.

Acerca de los modelos éticos que Dworkin distingue, podemos decir lo siguiente, sin necesidad de entrar en el análisis de los problemas y enigmas clásicos de la ética racional.

La descripción del modelo del desafío es vaga, sobre todo si se tiene en cuenta que la noción de “destreza” o de “realización diestra” depende de la noción de “bien”, que en la ética clásica era una noción primera. Dworkin intenta fundar una ética sin decir explícitamente cuáles son sus puntos de partida primeros (nociones o juicios). Su apelación a Aristóteles está bien encaminada.

Ciertamente, el bien moral es, según la tradición aristotélica, un bien inmanente a la acción y al ser humano que la realiza: es el bien de la acción en cuanto acción humana. Dworkin apunta de alguna manera a la distinción entre el bien de la realización externa –objeto del arte o técnica– y el bien propiamente moral o de la acción en sí misma. En este sentido, es digno de elogiarse que un autor liberal se acerque a la idea de que las acciones humanas pueden ser “intrínsecamente” buenas o malas. Ahora bien, se equivoca al pensar –y en esto no sigue a Aristóteles– que ese bien estriba en una forma de realización, en un modo diestro de obrar, a menos que abandone esa vaguedad y diga específicamente cuál es el bien objetivo cuya consecución implica superar el reto. Las ideas de “destreza” y “superar un desafío” no tienen sentido sin un referente objetivo, como ponen de manifiesto los ejemplos de la zambullida y del ascenso al Everest. Volveríamos a

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Aristóteles si dijésemos, por ejemplo, que se supera el reto de la vida al alcanzar la contemplación de las cosas divinas, o al ejercitar distintas virtudes –destrezas– definidas por sus objetos morales (dominio de las pasiones, respeto de la ley, etc.).

Aunque Dworkin prevé la objeción de que su modelo ético es vacío o “poco informativo”¹⁰⁷ por no definir un bien objetivo cuya consecución signifique superar el reto de la vida, su respuesta de que su modelo “supone que tenemos convicciones acerca de cómo vivir bien: *y no las juzga*”¹⁰⁸ demuestra, a nuestro juicio, que la crítica está perfectamente bien concebida. En efecto, Dworkin está buscando una filosofía fundamentadora –una ética– y ha afirmado una distinción cabal entre dos modelos; pero ahora resulta que *ninguno de los dos modelos sirve para juzgar el valor ético de las convicciones concretas*. Ahora bien, si no pueden juzgar el valor ético, tampoco pueden fundamentarlo.

Tal es el destino de cualquier fundamentación concebida como mera racionalización. Pero hay más: si ninguno de los dos modelos juzga las convicciones, Dworkin ha presentado una división incompleta de la ética, lo cual constituye un vicio de lógica formal. Él mismo parece consciente de ese problema cuando habla de “algún modelo más abarcante, en caso de que eso sea posible”¹⁰⁹. La división dworkiniana de la ética no corresponde ni a la historia del pensamiento ni a las posibilidades lógicas, porque hay modelos éticos que permiten juzgar convicciones y, de hecho, la mayor parte de los moralistas buscan precisamente eso. Dicho con otras palabras, Dworkin debería enfrentar su propuesta de fundamentación ética de la política con los proyectos realmente existentes.

La distinción de modelos éticos deja fuera a la ética clásica, que consideraba “la tarea” cuyo logro da plenitud a una vida humana como una cuestión de fines naturales del hombre. Porque, a fin de cuentas, los seres humanos pueden necesitar unos criterios para decidir qué tareas se autoimpondrán. No sólo es posible ejecutar diestramente una zambullida, o subir el Everest, o aliviar el sufrimiento, sino

¹⁰⁷ Ibídem., p. 117.

¹⁰⁸ Ibídem., pp. 117-118.

¹⁰⁹ Ibídem., p. 111. Cfr. también Ibídem., p. 122, nota 38.

también purificar la raza aria, robar un banco, secuestrar aviones, etc. En definitiva, ni el modelo del impacto ni el modelo del desafío son aceptables. Naturalmente, si hubiese que elegir quizás sería más aceptable la vaguedad del modelo del desafío, con su referencia a la destreza y a la superación del reto de vivir, que el consecuencialismo ético del modelo del impacto, que parece más preocupado del “mundo” que del bien de la persona que obra. Pero no hay que elegir.

2.3 La igualdad liberal no tiene fundamentos éticos, excepto en sentido tautológico

Sobre el intento final de pasar de la ética a la política podemos observar lo que sigue.

El modelo ético de Dworkin, realmente vacío –sólo formal– en cuanto no define qué ejercicios están ejecutados con habilidad¹¹⁰, no pasa de un intento alambicado de racionalización moral. Si no puede fundar ni siquiera una moral concreta, ¿cómo puede pretender fundar la política “liberal”? Nosotros estamos en una posición intelectual de perplejidad. Por una parte, ya hemos dicho que el significado abstracto del “liberalismo” podría ser compartido desde la perspectiva ética clásica; pero rechazamos las conclusiones concretas que Dworkin defiende como “liberales”.

Por otra parte, aunque nos consideremos contrarios al “liberalismo” y al modelo del desafío, aceptamos sin vacilar que las dos construcciones de Dworkin “podrían calzar” perfectamente si reparase él sus imprecisiones formales. Mas sería un resultado “por definición”, precisamente porque, como el mismo Dworkin ha dicho, el resultado de su nueva ética es *otro* liberalismo. No puede ser refutado. A lo más podemos señalar los defectos formales, estructurales o lógicos, de su empeño constructivo.

Por otra parte, vale la pena notar que la contraposición entre “justicia del bienestar” y “justicia de recursos”, que Dworkin introduce para optar por la última, se apoya en la construcción de un modelo

¹¹⁰ *Ibidem.*, p. 159.

del bienestar fácil de destruir. Desde luego, la intuición fundamental del autor está en la línea clásica de Tomás de Aquino, tanto en la filosofía del derecho –consideraba “lo justo” como cuestión relativa a las cosas externas y no a la satisfacción subjetiva de quien las usara¹¹¹ como en la filosofía política –asignaba al poder público la función de mantener las condiciones de la justicia en la convivencia, y no la de lograr el bienestar de todos por igual¹¹². Sin embargo, aparte de que Dworkin ignora –salvo alusiones genéricas– su posible deuda con la filosofía práctica precedente (v.gr., Aristóteles), sus afirmaciones no llegan a distinguir ni a precisar la teoría de la justicia con tanto rigor. Por eso llamamos la atención sobre una afinidad “global” en la medida en que el “error” construido y luego destruido por Dworkin también sería considerado un “error” por la filosofía práctica antigua.

El argumento de Dworkin para defender la igualdad de recursos es feble. “*Supongamos que, como punto de partida, suponen que todos los miembros de una comunidad política deberían enfrentarse al mismo reto ético abstracto y que, en consecuencia, lo adecuado es que se asigne a cada uno idéntica porción de recursos*”¹¹³. Luego considera un par de objeciones y da por probada la tesis. El *non sequitur* es evidente. El autor cree que, al rechazar los contraargumentos, especialmente el de la justicia no igualitaria, queda probada la suposición citada que hace equivalentes “justicia” e “igualdad de recursos”¹¹⁴. Sin embargo, *de hecho no ha dado ningún argumento positivo*. Más aún, acepta que puede haber un esquema económico justo que produzca más recursos para alguna parte de la comunidad, y que los más pobres pueden serlo justamente (“quizá por haber trabajado menos que otros”)¹¹⁵. El procedimiento dialéctico de Dworkin es deleznable: establecer una suposición, mencionar dos contra-argumentos fácilmente refutables, refutarlos y dar la suposición por probada sin haber dicho nada positivo en su favor.

¹¹¹ Cfr. S. *Th.*, 11-11, q. 58, aa. 8-10.

¹¹² Cfr. *Ibidem.*, 1-11, q. 96, a. 2.

¹¹³ EP, p. 177.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem.*, pp. 177-179.

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 175.

En cuanto al intento de probar que no es incongruente trabajar políticamente por la igualdad y, a la vez, actuar parcialmente en la vida cotidiana, Dworkin ha dado una indicación adicional sobre lo que significa “igualdad de recursos”. Significa, al parecer, que todos estén satisfechos con los recursos asignados en una subasta, y que todos respeten lo suyo de cada uno. Este planteamiento tiene de verdadero la repetición de que la justicia consiste en dar y respetar a cada uno lo suyo¹¹⁶. Sin embargo, la supuesta subasta no sirve para definir un criterio de justicia precisamente por su carácter ficticio –como el contrato social que Dworkin rechaza–, que Dworkin parece olvidar. La teoría de la justicia no puede proponer un criterio ideal para decirnos qué sería justo en nuestro mundo. Además, si se repara en el carácter ficticio de la subasta, puede darse la debida importancia al problema del tiempo y de la herencia: nunca existe el punto de partida igualitario que daría licencia para la parcialidad. De nada sirve sostener que es la asignación igualitaria de recursos lo que “debería ser” el punto de partida, porque es sencillamente imposible una asignación igualitaria de recursos en una sociedad histórica determinada. Sólo es posible encontrar criterios que permitan juzgar si las asignaciones de hecho existentes son o no “justas”, a pesar de que el transcurso del tiempo, la herencia, el trabajo, etc., las hayan hecho desiguales. Naturalmente, si la teoría de la justicia exigiese igualar los recursos de cada nuevo ser humano que nace con los de quienes ya existen o nacen “al mismo tiempo”, no sería compatible la justicia con la parcialidad en favor ni de sí mismo ni de la propia familia: toda diferencia de recursos que se produzca habría de ser eliminada en favor de quienes van naciendo. Estrictamente hablando, sería una teoría de la justicia incompatible con la temporalidad, con el ahorro, con la familia, con la herencia y la misma propiedad privada. En verdad, la teoría de la justicia esbozada por Dworkin no da ningún criterio positivo de justicia y se basa en hipótesis imaginarias.

Dworkin no hace ninguna referencia a los criterios clásicos (v.gr., de Aristóteles o Tomás de Aquino) que servían para compatibilizar la justicia, entendida como ciertos modos de igualdad en las relaciones humanas, con la búsqueda ordenada del bien propio y del bien

¹¹⁶ Cfr. S. Th., II-II, q. 57, a. 1, y q. 58, aa. 1-2.

de los más cercanos con preferencia al bien de los más lejanos¹¹⁷. Ciertamente intuye bien que son compatibles, pero no nos dice convincentemente por qué.

Finalmente, unas observaciones sobre los fundamentos de la tolerancia. En esta sección final del libro, Dworkin *invierte de modo ilógico el orden de los factores de toda su obra*. Ha dicho que quiere demostrar que a partir de su ética del desafío se llegará a las convicciones políticas liberales. Mas ahora pretende que eso se prueba demostrando que su teoría ética apela de ‘hecho a principios que “podrían ser ampliamente aceptados sin que la gente tuviera que abandonar convicciones que es muy improbable que abandone”¹¹⁸. La igualdad liberal debería poder presentarse “a políticos ilustrados y democráticos con alguna garantía de éxito”¹¹⁹. Pero una cosa es sostener que los “liberales éticos” llegarán por sí mismos a ser “liberales políticos” (tesis principal que ha de demostrarse) y otra, de orden inverso, que los “liberales políticos” llegarán o podrán llegar a aceptar convertirse en “liberales éticos” (tesis de la última parte del libro comentado). Probar esto nada nos dice sobre aquello. En efecto, todos podríamos estar de acuerdo en un modelo ético lo suficientemente vacío –atractivo como la cuasi-nada común para un cómodo consenso imaginario–, sin que éste hubiese tenido nada que ver con la adquisición de nuestras convicciones éticas concretas o políticas.

Además, el intento de demostrar que la “ética del desafío” tiene el atractivo de concitar el consenso de personas de diversas tradiciones éticas falla por las siguientes razones. En primer lugar, falla porque la posible aceptabilidad “para muchos” de su modelo sólo se puede basar en su grado de vaciedad conceptual, es decir, precisamente en el hecho de que de tal modelo no deriva ninguna exigencia ética determinada. De modo que su atractivo no está en su superioridad como ética *fundamentadora*, sino exactamente en lo contrario; mas no es realmente un “atractivo”, sino un mero no provocar rechazo.

En segundo lugar, Dworkin cree que no es difícil abrazar su modelo fundamentador porque no exige abandonar ninguna

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem.*, 11-11, q. 26, especialmente aa. 1 y 6.

¹¹⁸ EP., p. 190.

¹¹⁹ *Ibidem.*, p. 192.

convicción concreta (v.gr., sobre la religión o el sexo); sin embargo, las personas moralmente responsables, quienes se preocupan realmente de su conciencia y de discernir lo bueno de lo malo, tienen tanto o mayor apego a los principios primeros fundadores como a las convicciones concretas. Más aún: quien es capaz de renunciar a sus principios fundadores con tal de salvar sus conclusiones concretas revela que está más interesado en poder seguir comportándose de determinada manera que en tener las razones adecuadas para comportarse así. La ética clásica, por el contrario, exige en primer lugar “obrar conforme a la razón”, es decir, tener las razones para obrar y acomodar a ellas las convicciones concretas. Buscar razones que “justifiquen” unas convicciones inamovibles sobre tal o cual materia es mera racionalización del capricho.

Podría decirse, con otras palabras, que las personas de diversas “tradiciones éticas” tienen, como parte de dichas tradiciones, los modelos éticos que Dworkin reputa inferiores, y tales modelos son siempre más difíciles de abandonar que una u otra conclusión, porque los seres racionales dan más importancia a los porqués presentes en el origen de una convicción que a la misma convicción concreta.

En tercer lugar, el autor aduce la duradera vitalidad del liberalismo como prueba de que su modelo del desafío, fundador del liberalismo, ya ha ejercido su atractivo sobre la gente. Se trata de una petición de principio, porque primero se debe demostrar que su modelo del desafío es precisamente lo que fundamenta el liberalismo. Si el liberalismo es aceptado, seguramente su filosofía subyacente también lo es; pero el objetivo del libro entero, y especialmente de esta última parte, es demostrar que el “modelo del desafío” es la mejor ética fundadora del liberalismo. No puede usar como prueba aquello mismo que quiere probar, a saber, que la ética del desafío es la parte fundadora del liberalismo aceptado por muchos. Además, cabría objetar también que Dworkin ha sostenido exactamente lo contrario, a saber, que la estrategia fundadora del liberalismo tradicional es la de la “discontinuidad”, y no su “ética del desafío” que, siendo original suya, viene a dar origen a otra forma de liberalismo. Luego, el liberalismo aceptado socialmente serviría como argumento para pensar que la ética imperante en la “imaginación” de la gente no es la propuesta por Dworkin.

En cuarto lugar, la “promesa de consenso” de la ética del desafío es demasiado estrecha. En efecto, Dworkin pasa de sostener que debería ser atractiva para personas de muy diversas tradiciones éticas a afirmar que podría presentarse con garantía de éxito “a políticos ilustrados y democráticos”. Esta es una gran restricción del universo de las tradiciones éticas, especialmente si se considera –como hemos dicho– que entonces se invierte nuevamente el orden fundamentador entre ética y política. En efecto, ahora es la ética del desafío la que parece medirse por el baremo de su aceptabilidad para quienes profesan unas determinadas ideas políticas. Por lo demás, parece que el universo moral de Dworkin incluye a los que ya están de acuerdo con él en ser “ilustrados y democráticos”, y más allá nos encontramos con “los fanáticos religiosos que piensan que Dios los castigará para toda la eternidad a menos que nos maten”¹²⁰. Pero seguramente hay muchos demócratas que rechazan tanto el homicidio por fanatismo religioso como las permisiones homicidas del liberalismo (aborto, eutanasia, etc.).

En cuanto a los fundamentos de la igualdad liberal para la tolerancia o “neutralidad en el modo de operar”, cabe observar lo siguiente. Para juzgar este intento de fundar la tolerancia conviene distinguir entre la tolerancia que funda y el modo de fundarla. Si nos fijamos en la tolerancia que funda, Dworkin vuelve a los clásicos: no deben imponerse criterios éticos más allá de lo que exija la justicia. No basta que una mayoría desapruebe una conducta, si ésta es sólo “antiética” pero no “injusta”. En este sentido, Dworkin está de acuerdo con los filósofos políticos que usan los principios éticos para restringir los límites de lo que una mayoría democrática podría hacer. Sin embargo, Dworkin es incluso menos tolerante que los clásicos (v.gr., Tomás de Aquino), porque éstos no sólo aceptaban que las conductas meramente antiéticas –no injustas– no debían castigarse nunca, sino que además se planteaban el auténtico problema de la tolerancia: ¿podemos o debemos dejar sin castigo incluso ciertas conductas injustas?¹²¹ Dworkin parece responder que su igualdad liberal no será tolerante

¹²⁰ Cfr. *Ibidem.*, p. 193.

¹²¹ Cfr. *S. Th.*, 11-11, q. 26, a. 2. (homosexualidad, divorcio, aborto, libertinaje materialista en general).

con quienes desafían la teoría liberal de la justicia. Al parecer, en el estado liberal cualquier cosa “injusta” o “antiliberal” puede ser reprimida sin incoherencia política. Por el contrario, los clásicos aceptaban la tolerancia prudencial de la injusticia. Cuestión aparte sería discutir por qué los clásicos consideraban la práctica homosexual –el ejemplo más socorrido por Dworkin para hablar de tolerancia– contraria no sólo a la castidad, sino también a la justicia.

Si suponemos que la tolerancia defendida por Dworkin es aceptable en su estructura general –sólo la consideramos inaceptable en cuanto a los contenidos concretos que él quiere tolerar–, todavía hace falta ver si se llega a ella con la “ética del desafío”.

Nos parece que la ética del desafío, aunque sirve para decir que efectivamente deben tolerarse las diversas éticas que no afecten a la justicia, no nos dice nada acerca de qué afecta y qué no afecta a la justicia. Sus tesis sobre la “igualdad de recursos” son demasiado generales, y más bien exigen una teoría de la justicia previa para evaluar la igualdad. De modo que los párrafos dedicados por Dworkin a presentar la tolerancia liberal como consecuencia de su ética del desafío no son concluyentes. Más aún: su rescate de la continuidad entre ética y política lo lleva a rescatar también la visión preliberal sobre la tolerancia, sólo que *menos tolerante*.

La ventaja de este libro para los “liberales” está, a nuestro modo de ver, en que proporciona racionalizaciones más fuertes para las “conquistas” contrarias a la moral tradicional cristiana.

La maniobra intelectual de Dworkin consiste en dar un paso que reviste las conclusiones de la ética liberal, basada en negar la conexión ética-política, de la fuerza de la ética preliberal, fundamentadora de la política en la ética. Pero el intento es fallido por dos razones que resumen todo lo que hemos expuesto en este artículo: (i) Dworkin no conoce la historia intelectual precedente –o la oculta a sus incautos lectores–, y nadie que la conozca en sus líneas generales podría aceptar las tesis de este libro; y (ii) sus argumentos son o bien viciosos desde el punto de vista lógico o bien basados en la construcción de rivales a la medida.

DERECHO E INTERPRETACIÓN EN RONALD DWORKIN

Mariano C. Melero
Universidad Carlos III de Madrid

1. NEUTRALIDAD E INTERPRETACIÓN

En el *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law*, Herbert Hart afirma que su propósito en este libro fue ofrecer una teoría del Derecho de carácter “general y descriptivo”¹. “General” en el sentido de que se trata de una teoría que, al margen de cualquier sistema jurídico concreto, pretende dar cuenta del Derecho como aquella institución política y social de carácter normativo cuyos rasgos más sobresalientes pertenecen al común conocimiento de cualquier hombre educado. “Descriptivo” en el sentido de que se trata de una teoría moralmente neutral que no pretende ningún fin justificatorio.

Como se recordará, la mayor parte de dicho *Postscript* está dedicado a contestar a Ronald Dworkin, autor de una de las críticas más influyentes de la concepción positivista en general, y de la de Hart en particular. No es mi propósito hacer aquí un análisis detallado de la polémica Hart-Dworkin². Mi interés se centra, por el contrario, en explicar el planteamiento de Dworkin a partir de sus objeciones al positivismo jurídico (y al convencionalismo jurídico y político en general). Para ello trataré de explicar, en primer lugar, su

¹ HART, H. *The Concept of Law, The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

² Para ello, contamos con el excelente trabajo de ESCUDERO, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004.

enfoque interpretativo y valorativo (o justificatorio) del Derecho y de la práctica legal; a continuación, veremos cómo ese enfoque tiene su continuidad en una teoría filosófica del Derecho que da prioridad al valor de la integridad sobre la eficiencia, la justicia y la equidad. Por último, daré un mero apunte de la posible aplicación de la crítica dworkiana al positivismo sobre las políticas del consenso de la filosofía política contemporánea. Dejaré para el final la explicación del significado que a mi juicio habría que otorgarle al carácter “local” o “particular” de la teoría dworkiana del Derecho.

En la respuesta al *Postscript* de Hart, Dworkin señala que el enfoque del positivismo jurídico adolece de dos dificultades importantes³. En primer lugar, no es posible ofrecer una teoría general del Derecho válido mediante una descripción neutral de la práctica legal. No existe un punto de vista Arquimédico desde el que poder observar la realidad del Derecho sin hacer ningún juicio de valor ni adoptar ninguna postura de moralidad política. La prueba, dice Dworkin, es que es imposible distinguir claramente entre las argumentaciones que hacen los jueces y abogados en los tribunales de justicia y las que hacen los filósofos en sus libros acerca del modo correcto de identificar el Derecho válido. En los tribunales de justicia encontramos las mismas discusiones teóricas sobre el Derecho –es decir, sobre las fuentes del Derecho válido– que hallamos en las teorías de los filósofos, si bien es verdad que con un grado mucho menor de abstracción. Pero sea cual fuere el nivel de generalidad, la identificación del Derecho válido exige siempre una previa interpretación del fenómeno jurídico que muestre dónde radica su valor y cómo debería realizarse para proteger y promover mejor ese valor. Por tanto, concluye Dworkin, cualquier teoría del Derecho descansa en convicciones y juicios morales.

En segundo lugar, el término “descriptivo” es ambiguo. Tiene varias acepciones, y el problema es que ninguna de ellas acierta a describir realmente la teoría de Hart. Dicha teoría tiene como su tesis principal la denominada “tesis de las fuentes sociales del Derecho”, según la cual la existencia del Derecho depende de una práctica social

³ DWORKIN, R. “Hart’s Postscript and the Point of Political Philosophy”, en *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

socialmente aceptada que determina cuáles son las fuentes de las normas jurídicas válidas.

Pues bien, lo que no queda claro, según Dworkin, es si estamos ante una tesis semántica –que señala los criterios que los operadores jurídicos comparten cuando hacen y juzgan proposiciones jurídicas–, o ante una tesis filosófica sobre la naturaleza o estructura oculta del Derecho –que trata de elucidar los criterios de aplicación que los operadores que comparten y pueden *reconocer* como las reglas que efectivamente siguen al hablar sobre lo que el Derecho requiere o permite–, o ante una especie de sociología descriptiva –que intenta ofrecer algún tipo de generalización empírica sobre la práctica legal–.

Según Dworkin, la teoría de Hart tendría su mejor acomodo en la segunda de estas clasificaciones, la cual parece ligada indefectiblemente con la primera (es decir, con la tesis semántica). En efecto, el positivismo jurídico en general se esfuerza por enunciar los criterios que comparten jueces y abogados (y ciudadanos) cuando debaten sobre el Derecho válido, lo cual significa, en última instancia, definir las reglas que nos permiten etiquetar legalmente los hechos, o que nos permiten distinguir las proposiciones jurídicas verdaderas de las falsas. El problema, dice Dworkin, es que tales criterios compartidos no existen. Si existieran, no habría discusiones teóricas sobre el Derecho. Si en una determinada sociedad hubiese, por ejemplo, una regla de reconocimiento de sus normas jurídicas, la ley dependería únicamente de las decisiones legales pasadas; el Derecho sería únicamente aquél que hubiesen decidido en el pasado las instituciones legales (legisladores, tribunales y órganos administrativos). El único desacuerdo sobre el Derecho sería entonces de carácter empírico, es decir, sólo podría versar sobre cuáles fueron de hecho las decisiones de las instituciones legales en el pasado.

La práctica legal, sin embargo, no se deja describir así. En ella aparecen continuamente “casos difíciles” donde jueces, abogados y ciudadanos están inmersos en “desacuerdos teóricos”. Estos desacuerdos no versan sobre qué leyes, estatutos o precedentes judiciales regulan una cuestión en particular, sino cuál es la base que sirve para determinar el Derecho en ese caso concreto. Los abogados y jueces

de un caso pueden estar de acuerdo, en el sentido empírico, sobre qué afirman los textos legales y las decisiones judiciales pasadas respecto a las cuestiones concretas que plantea dicho caso, y sin embargo estar en completo desacuerdo sobre si dichos textos y decisiones agotan las fuentes pertinentes del Derecho. En este caso, los actores directos de la práctica legal discutirán sobre qué es, o qué requiere o permite, realmente el Derecho de su comunidad jurídica para el caso concreto.

Para entender qué se esconde tras esas “discusiones teóricas” sobre el Derecho es preciso superar la actitud positivista sobre la práctica legal y adoptar, en su lugar, lo que Dworkin denomina una actitud “interpretativa”⁴. Cuando los jueces entran en una discusión teórica sobre el Derecho –discutiendo sobre cuál es el Derecho que gobierna un caso difícil–, cada uno de ellos desarrolla alguna teoría operativa sobre la mejor interpretación posible de sus responsabilidades legales a la luz de sus propias “convicciones e instintos”.

Sus discusiones teóricas son discusiones “interpretativas”. Lo mismo puede decirse respecto de cualquier otra tradición o práctica social. Cuando los miembros de una comunidad particular adoptan una “actitud interpretativa” hacia las prácticas y tradiciones que comparten, dejan de observar tales prácticas mecánicamente y comienzan a hacer reclamos sobre su mejor interpretación (“a imponer sentido sobre la institución –o a verla a su mejor luz–”), y a discutir sobre lo que tales tradiciones o prácticas requieren realmente en unas circunstancias determinadas (“a reestructurarla a la luz de ese sentido”). Estos reclamos son a menudo controvertidos, y el desacuerdo es genuino aunque los participantes usen diferentes criterios para formar o enmarcar estas interpretaciones; es genuino porque las interpretaciones en competencia se dirigen hacia los mismos objetos o eventos de interpretación.

En el caso del Derecho, la actitud interpretativa presupone la existencia de un “acuerdo preinterpretativo” sobre las prácticas que abarca la práctica legal, de tal forma que los abogados y jueces pueden discutir sobre la mejor interpretación de aproximadamente los mismos datos. Para Dworkin esos datos los encontramos fácilmente

⁴ DWORKIN, R. *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, pp. 46-53.

en la cultura política de las democracias modernas: son las instituciones legales que forman el sistema jurídico. No obstante, nuestro autor se cuida de advertir que la cuestión de cuáles son los rasgos que definen esas instituciones es parte del problema interpretativo. Sería un error –“una nueva infección del aguijón semántico”⁵– creer que podemos identificar dichas instituciones mediante alguna definición compartida de la naturaleza o estructura esencial del sistema jurídico.

Además, en los debates interpretativos sobre el Derecho contamos también con lo que Dworkin denomina “paradigmas jurídicos”⁶. Estos son aquellas sentencias jurídicas (como el código de circulación) que una comunidad política considera ciertas y que sirven para dar forma y avanzar en las discusiones. Constituyen un posible argumento estandarizado, puesto que siempre se pueden contrastar los argumentos con paradigmas que éstos son incapaces de explicar. Con todo, los paradigmas tampoco constituyen verdades que no puedan ser refutadas mediante una reinterpretación de la práctica legal, si bien es cierto que, debido a la posición cardinal que ocupan, se necesitaría una reinterpretación radical del sistema jurídico para persuadirnos de la necesidad de su abandono.

2. CONVENCIONALISMO E INTEGRIDAD

La actitud interpretativa respecto al Derecho conduce, pues, irremediablemente, a un debate interpretativo entre concepciones rivales del Derecho. Pero, como hemos venido reiterando desde el inicio de este escrito, el debate sobre el Derecho existe y debe contemplarse en dos planos diferentes: por una parte, en un plano filosófico entre teorías generales del Derecho (y más concretamente, entre el “convencionalismo jurídico” y el “Derecho como integridad”) y, por otra, en un plano más concreto y de detalle entre las interpretaciones del Derecho que adoptan los operadores jurídicos y los ciudadanos para los casos concretos que han de resolver. Según Dworkin este segundo tipo de discusiones deberían tener como principal fundamento el valor de la integridad.

⁵ *Ibidem.*, p. 91.

⁶ *Ibidem.*

Como sabemos, para nuestro autor ambos tipos de debates no son tan distintos como para asignarles categorías lógicas diferentes. La única diferencia es una cuestión de grado de abstracción. No hay una firme línea divisoria entre la teoría jurídica y el discurso aplicativo o cualquier otro aspecto de la práctica legal. Los filósofos discuten sobre la parte general, el fundamento interpretativo que cualquier argumento jurídico debe tener. Y a la inversa, cualquier argumento jurídico práctico supone el tipo de fundamento abstracto que ofrecen las teorías generales del Derecho. Dworkin utiliza para demostrar este punto el ejemplo del “caso Sorenson”, una mujer que sufrió graves daños a causa de la ingestión prolongada de un medicamento que le atenuaba el dolor de su artritis, pero que no podía probar cuál de las once diferentes compañías farmacéuticas que durante ese tiempo produjeron y vendieron el mencionado fármaco fue el causante de su perjuicio—. Los jueces podrían decidir este caso de manera distinta según cuál fuera la teoría general del Derecho que adoptasen para identificar el Derecho. Y así, si los jueces adoptasen la teoría de Hart, deberían dar la razón a las compañías farmacéuticas, puesto que (como afirmaron de hecho sus abogados en el juicio) el único principio establecido expresamente por el derecho de responsabilidad civil (*tort law*) es el de que nadie es responsable de un daño del que no se ha probado que sea el causante. Por el contrario, si los jueces adoptaran la teoría de Dworkin, su sentencia no tendría un sentido determinado, puesto que en tal caso estarían obligados a decidir previamente cuál de los principios generales que subyacen y justifican el derecho establecido de responsabilidad civil es el que ofrece la mejor justificación de la práctica legal como un todo. Los jueces podrían encontrar suficiente base para aplicar un principio opuesto al que expresamente ha sido establecido por la ley –por ejemplo, uno que dijese que debe hacerse cargo de los costes de una empresa aquél que se haya beneficiado de ella– y justificar así algún remedio para el daño de la señora Sorenson⁷.

Desde el enfoque interpretativo de Dworkin, las teorías generales del Derecho pueden describirse como concepciones diferentes y rivales del mismo concepto, esto es, de la misma descripción

⁷ DWORKIN, R. “Hart’s Postscript and the Point of Political Philosophy”, pp. 143-145.

abstracta del propósito del Derecho que todas ellas presuponen. Ese plateau que da estructura a la discusión filosófica sobre el Derecho es lo que se suele denomina Estado de Derecho –the rule of law⁸– o legalidad⁹. Según la formulación más abstracta de este concepto, el poder político sólo puede ser ejercido legítimamente cuando así lo permiten o requieren los derechos y responsabilidades individuales que han sido establecidos por decisiones políticas pasadas. A partir de esta definición, que Dworkin asume como cuasianalítica, las distintas concepciones generales del Derecho pueden considerarse como distintas formas de interpretar el fin último del Estado de Derecho.

Es en este plano interpretativo donde Dworkin desea situar su desacuerdo teórico fundamental con el positivismo. En el centro del debate está la discusión acerca de si los textos legales y los precedentes judiciales agotan o no las bases pertinentes del derecho. La tesis positivista –según la cual sólo son derechos y responsabilidades válidos aquellos que han sido expresamente definidos en un texto legal o en una sentencia judicial (tesis de las fuentes sociales del Derecho)– aparece, en este contexto, como una interpretación “convencionalita” del Derecho. El convencionalismo jurídico no pretende ser una teoría semántica del Derecho, sino que se presenta como una posible interpretación de las bases que definen los reclamos válidos del Derecho. Dicha interpretación implica que el fin último del Estado de Derecho es la eficiencia o algún otro valor similar, como la seguridad jurídica (en el caso de Hart), o la autoridad (en el caso de Joseph Raz). Según esta interpretación, la búsqueda de este tipo de valores obliga a los jueces y ciudadanos a no invocar sus propias convicciones morales y políticas para averiguar qué es el Derecho, o qué dice el Derecho en un caso difícil. De esta forma, aunque el convencionalismo es una interpretación general del Derecho, de ella no se sigue –como conclusión “postinterpretativa”– un programa de adjudicación que se sirva de la interpretación –es decir, no pide a los

⁸ DWORKIN, R. *Law's Empire*, p. 93.

⁹ DWORKIN, R. “Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy”, pp. 169.

jueces (ni a los ciudadanos) que determinen quién tiene derecho en un caso difícil llevando a cabo un estudio interpretativo del material legal—.

Una ulterior consecuencia de la interpretación convencionalista del Derecho es su concepción de la vida política y social. El convencionalismo supone que los miembros de la comunidad política mantienen un compromiso general de obedecer las reglas establecidas. Es decir, que asume que la obligación política no está basada en meras razones estratégicas.

Sin embargo, bajo esta interpretación, las reglas no se consideran negociadas a partir de un compromiso común con unos principios subyacentes que se consideran fuente de obligaciones futuras. Al contrario, piensan que esas reglas representan un compromiso entre intereses o puntos de vista antagónicos.

Para el Derecho como integridad, por su parte, los derechos y responsabilidades que limitan el ejercicio del poder político no existen únicamente cuando han sido explícitamente promulgados, sino que también pueden provenir de los principios morales que las decisiones pretéritas presuponen para su justificación. Según Dworkin, esta interpretación presupone que el Estado de Derecho tiene como fin último procurar la igualdad de consideración y respeto para todos los miembros de la comunidad política. “Asegura un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hace su comunidad más genuina y mejora la justificación moral del ejercicio del poder político”¹⁰.

La integridad es un ideal político que exige al Estado o comunidad política que actúe según un único conjunto coherente de principios —incluso aunque sus ciudadanos no estén de acuerdo sobre cuáles son esos principios en concreto—. La integridad demanda que los principios morales necesarios para justificar ciertas decisiones políticas se reconozcan también en el resto del Derecho de la comunidad. De ahí que Dworkin señale la continuidad entre las teorías generales del Derecho y las interpretaciones que sirven a los operadores jurídicos para dar solución a los casos difíciles. Desde el punto de vista

¹⁰ DWORKIN, R. *Law's Empire*, p. 96.

de la adjudicación, los operadores jurídicos deben identificar los derechos y deberes, tanto como sea posible, bajo el supuesto de que fueron creados “por un único autor”, en el sentido de que expresan una concepción coherente de la justicia y la equidad. “Las proposiciones de Derecho son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y proceso debido que ofrecen la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”¹¹. La mejor interpretación de los materiales legales debe realizarse sobre la mejor teoría moral del sistema jurídico, es decir, sobre los principios que ofrecen la mejor justificación moral de dicho sistema. Y aquí es importante subrayar que para Dworkin la mejor teoría moral de un sistema democrático de Derecho –el primer principio de la moralidad política democrática, podríamos decir– es aquella que está basada en la idea de que las personas deben ser tratadas como iguales. La teoría de Dworkin es que las prácticas legales (de un Estado de Derecho) sólo cobran sentido sobre el fondo de una teoría basada en la idea de igualdad.

La integridad jurídica implica una profunda personificación de la comunidad política o del Estado. Supone que la comunidad como un todo puede estar comprometida con principios de justicia, equidad o de procedimiento debido. Es más, atribuye a la comunidad capacidad moral de acción y responsabilidad. En cierto sentido, este modelo político coincide con el del convencionalismo, dado que en ambos casos la comunidad política requiere un entendimiento compartido. Sin embargo, el modelo de Dworkin defiende una visión más generosa y comprensiva de lo que significa dicho entendimiento. Afirma que las personas son miembros de una comunidad política genuina sólo cuando aceptan que sus destinos están ligados en el sentido de que están gobernados por principios comunes y no sólo por leyes elaboradas mediante compromiso político.

Según Dworkin, la “comunidad de principios” ofrece una base atractiva para la legitimidad política en una comunidad de personas libres e independientes que no están de acuerdo sobre las cuestiones de moralidad política. En la “comunidad de principios” la política es

¹¹ *Ibidem.*, p. 225.

“un teatro de debate”¹² (o un “foro de principios”¹³) en el que los ciudadanos discuten sobre cuáles son los principios que debería adoptar la comunidad como sistema, es decir, sobre cuál es la concepción que la comunidad debería adoptar sobre la justicia, la equidad y el proceso debido. Los miembros de una comunidad de principios aceptan que sus derechos y obligaciones políticas no se agotan por las decisiones particulares de sus instituciones legales, sino que dependen del esquema de principios al que dichas decisiones se ajustan y por el que se justifican.

3. CONSENSO E INTERPRETACIÓN: RAWLS Y HABERMAS

En esta parte final se pretende esbozar la posible repercusión de la crítica de Dworkin al positivismo en el terreno de la filosofía política. En mi opinión, el convencionalismo puede encontrarse en aquellas teorías contemporáneas de filosofía política que defienden el consenso como definición de la política democrática. Mi propósito es dar alguna prueba de ello en dos casos suficientemente conocidos: el liberalismo político de John Rawls y la democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

El liberalismo político de John Rawls puede ser considerado como un ejemplo característico de lo que podríamos denominar el “convencionalismo de los principios”.

Como es bien sabido, el segundo libro de este autor –*Political Liberalism*¹⁴– implica una presentación meramente “política” de los principios de justicia rawlsianos, en el sentido de que están pensados únicamente para la estructura institucional básica de la sociedad, sin que presupongan para su justificación la verdad intrínseca de ninguna doctrina filosófica con pretensiones de gobernar por completo la acción y el pensamiento de los hombres. En la sociedad ordenada por

¹² *Ibidem.*, p. 211.

¹³ Cfr. DWORKIN, R. “The forum of principle”, en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

¹⁴ RAWLS, J. *Political Liberalism*. Nueva York, Columbia University Press, 1993.

tales principios, Rawls supone que los ciudadanos comparten la misma concepción “política” de la justicia y que sólo discuten a la hora de su aplicación en los casos concretos. Estarían, por tanto, en términos de Dworkin, en una situación previa a la “actitud interpretativa”; no habría entre ellos una genuina discusión teórica sobre la justicia.

En su primer libro, *A Theory of Justice*¹⁵, Rawls se limitó a ofrecer la que él consideraba la mejor teoría, o la teoría correcta, de los derechos morales y políticos en una democracia liberal. Para ello, se basó en sus propias convicciones personales, que él presumía formaban parte del “sentido de la justicia” de los ciudadanos de nuestras democracias modernas (una perspectiva que denominó “el punto de vista suyo y mío”) hasta lograr un “equilibrio reflexivo” entre sus (nuestras) convicciones sobre la justicia y los principios de la teoría. El segundo Rawls, sin embargo, pretende ofrecer sus principios de justicia como la mejor interpretación posible del Derecho de una sociedad democrática.

Eso es, al menos, lo que se deduce de su intento por elaborar su concepción “política” de la justicia, no a partir de sus convicciones sobre la justicia, sino a partir de los principios “latentes” en la cultura jurídica y política de las actuales democracias. Pero, como señala el propio Dworkin, Rawls no puede pretender construir una concepción “política” de la justicia que cuadre perfectamente con todas las tradiciones y prácticas de su comunidad política¹⁶.

En la teoría del Derecho como integridad, “los principios “latentes” en las tradiciones de una comunidad política son aquellos que proporcionan la mejor interpretación de los acontecimientos que constituyen su historia, y la mejor interpretación es la que, considerándolo todo, ofrece la mejor justificación política de esos acontecimientos”¹⁷. Esta idea ofrece una explicación de lo que, según Dworkin, es el Derecho de una comunidad política. Pero no podemos aspirar a elaborar un conjunto de principios que sea aceptable para todos. O dicho en los

¹⁵ DWORKIN, R. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971.

¹⁶ DWORKIN, R. *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 81.

¹⁷ *Ibidem*.

términos que ya conocemos, ninguna teoría general del Derecho puede presentarse como neutral, en el sentido de estar elaborada sin que intervengan las convicciones morales del autor.

Es cierto que en su discusión sobre la razón pública, Rawls llega a afirmar que no hay una sola concepción “política” de la justicia, sino que existen, por el contrario, diversas y enfrentadas concepciones dentro de la cultura política de una democracia¹⁸. Sin embargo, a pesar de tal concesión, Rawls sigue pensando que al final alguna de esas concepciones debe salir victoriosa en una especie de “torneo” entre las candidatas. Pero esta idea presenta muchos problemas. No es este el sitio para detallar tales dificultades. Nos bastará con decir que todas las candidatas deberían considerarse igualmente válidas, por cuanto que encajan con los principios “latentes” de la cultura democrática. Los políticos y los ciudadanos tendrán que elegir la concepción que, en su opinión, proporcione, después de considerar todos los elementos en juego, la mejor justificación moral de la historia legal y política de su comunidad. Pero, evidentemente, esto siempre resultará una cuestión polémica.

Por último, la democracia deliberativa de Jürgen Habermas puede ser considerada como un ejemplo de lo que llamaremos aquí el “convencionalismo de los procedimientos”. Según Habermas, es posible garantizar la legitimidad de las normas jurídicas siempre que los procedimientos de producción de normas satisfagan las condiciones comunicativas de su Ética del discurso. El “principio democrático” surge así como una especificación del “principio de discurso” para las normas jurídicas –de tal modo que sólo pueden pretender validez legítima las normas que “en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica”¹⁹–. Con ello, Habermas articula sobre su

¹⁸ Rawls trata el tema de la razón pública en el capítulo 6 de *Political Liberalism*, en la introducción a la edición paperback de dicho libro, y en el artículo “The Idea of Public Reason Revisited”, incluido en *Collected Papers*, Freeman, S. (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pp. 573-615.

¹⁹ HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2000. p. 175.

Ética discursiva una interpretación de la democracia deliberativa que pretende “reconstruir” los supuestos más básicos de los “Estados democráticos de Derecho”.

Dworkin, por su parte, frente a los demócratas al estilo habermasiano, defiende una “concepción constitucional de la democracia”²⁰. Según los demócratas deliberativos, el fin de la democracia es convertir en decisiones colectivas aquellas decisiones tomadas por la mayoría mediante procedimientos que aseguren a todos una igual participación. Para Dworkin, por el contrario, el fin de la democracia es que las decisiones colectivas sean hechas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad, como individuos, con igual consideración y respeto. Dworkin reconoce que en ambos casos se exige la misma estructura de gobierno, pero en el modelo deliberativo el gobierno democrático se deduce del principio de la soberanía popular y en el modelo dworkiano del principio de la igual ciudadanía. Por lo tanto, esta segunda versión de la democracia no tiene nada que objetar al empleo de ciertos procedimientos no participativos en ocasiones especiales, cuando esto sirva para proteger o promover mejor el estatus igual de los ciudadanos. La versión deliberativa, en cambio, siempre verá tales procedimientos como un mal menor, algo que sólo podemos aceptar con reparos debido a la pérdida de libertad que parece implicar. Este es el caso de Habermas. Para él, las declaraciones de derechos fundamentales (como el Bill of Rights británico o el capítulo de derechos fundamentales de las Constituciones alemana y española, por ejemplo) limitan la soberanía popular y reduce la libertad positiva de la comunidad, es decir, su capacidad de autodeterminación. Tales declaraciones sólo pueden considerarse justificadas, según Habermas, en la medida en que han sido promulgadas por los órganos legislativos competentes para ello según el Derecho de la comunidad.

Dworkin, sin embargo, no cree que los derechos fundamentales representen un límite a la capacidad de autogobierno colectivo; es

²⁰ Cfr. DWORKIN R. *Freedom's Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

más, en su opinión promueven el ejercicio de dicha capacidad. Las condiciones de un gobierno democrático no sólo se circunscriben a dar igual voz a todos los miembros de la comunidad (sufragio universal) y a tener en cuenta por igual los intereses de todos (socios o asociados en una misma empresa).

También es esencial que se otorgue a todos los individuos la necesaria independencia moral respecto a las decisiones colectivas. El gobierno democrático no puede entrar a gobernar en el dominio de los asuntos fundamentales sobre la vida, la muerte y la responsabilidad personal (las cuestiones de la vida buena). El papel principal de los derechos fundamentales es precisamente garantizar la neutralidad del Estado en este ámbito. Pero esto también tiene una importante consecuencia para la vida política. El respeto a la responsabilidad personal y a las elecciones éticas individuales procura a los ciudadanos el autorespeto necesario para considerarse a sí mismos como miembros morales efectivos de una comunidad autolegislada.

4. REFLEXIONES FINALES

Quisiera finalizar estas páginas con una reflexión sobre la que considero una lectura errónea acerca del alcance de la teoría de Dworkin. En cierto sentido, es cierto que una teoría hermenéutica del Derecho no puede dejar de ser “local”, es decir, no puede dejar de estar ligada al contexto cultural de la comunidad a la que pertenece el teórico. Pero no creo que de ahí no se siga que con la hermenéutica no podamos construir una teoría con pretensiones de validez universal. En mi opinión, Dworkin está en lo cierto cuando²¹ pretende este tipo de validez para su teoría. Sin embargo, considero un error ver su derecho como integridad como una teoría que pretende explicar y justificar el modo en que se elaboran en general teorías jurídicas particulares desde el punto de vista de sus participantes. Lourdes Santos Pérez, por ejemplo, afirma que la teoría dworkiana es igualmente “aplicable a cualquier sistema jurídico, incluso a sistemas que

²¹ SANTOS PÉREZ, L. “Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”, *Doxa*, n. 26, 2003, p. 372.

se asientan sobre premisas políticas que se encuentran muy distantes de los principios del liberalismo”²².

Creo que esta lectura reduce la concepción hermenéutica del Derecho a un nuevo convencionalismo. En definitiva, sería como si las interpretaciones jurídicas fueran convenciones que el teórico pudiera observar desde fuera de un modo imparcial e independiente. No sé si esto valdría para alguna teoría hermenéutica del Derecho; en todo caso, no vale en absoluto para la de Dworkin. El Derecho como integridad es una interpretación, no una descripción neutral del Derecho. Y lo que es más importante, no hay integridad posible fuera de un Estado de Derecho constitucional. La integridad es el valor fundamental sobre el que reposa la mejor justificación del tipo de Derecho que existe y se practica en las democracias liberales. Según Dworkin, esto es así debido a la conexión que existe entre el valor de la integridad jurídica y el principio moral de la igualdad en consideración y respeto.

El carácter universal del Derecho como integridad radica en que pone de manifiesto el principio fundamental de todo Estado de Derecho. Como ha señalado entre nosotros Elías Díaz, todo Estado crea y necesita un Derecho para organizar y hacer funcionar el grupo social, pero “no todo Estado es Estado de Derecho”²³. Para ello es necesario que afirme y garantice en sus principios constitucionales los derechos y libertades individuales que garantizan la igual consideración y respeto de todos los miembros de la comunidad política.

Son estos derechos fundamentales los que dan coherencia interna y legitimidad al sistema jurídico como un todo.

²² *Ibidem.*, p. 373.

²³ DÍAZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

LA INFLUENCIA DE RONALD DWORKIN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Raúl Montoya Zamora

Universidad Juárez del Estado de Durango, México

El presente trabajo tiene como objetivo central, presentar someramente algunas de las tesis principales de Ronald Dworkin, y la influencia de este autor en la práctica judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con lo que habré también de demostrar el vínculo existente entre teoría y práctica judicial.

En concreto, centraré mi exposición en una de las tesis de Dworkin que a la fecha, sigue siendo el principal motivo de disputa entre los teóricos del derecho, a saber, la separación conceptual entre el derecho y la moral, y la idea de un sistema jurídico conformado sólo por reglas, que dan pauta a la operación lógica de subsunción.

Para lograr el objetivo trazado, en primer lugar se expondrá brevemente el pensamiento del heredero de Hart en la Universidad de Oxford, y posteriormente se analizarán algunos criterios del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en donde se destaca la influencia de nuestro autor, argumentando paralelamente, el vínculo sustancial entre teoría y práctica judicial.

INTRODUCCIÓN

Una de las ramas del Derecho que me resulta más apasionante, y a la que he dedicado una buena parte de mi vida profesional, es el Derecho Electoral.

El Derecho Electoral mexicano, ha evolucionado a pasos agigantados no sólo por los constantes procesos de reformas constitucionales y legales, sino también, por la influencia de las decisiones judiciales a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), sin desconocer, que los Tribunales Electorales de los Estados también realizan grandes aportaciones en el desarrollo del Derecho Electoral en México.

La evolución jurisprudencial del Derecho Electoral, se debe en buena medida, a que los órganos jurisdiccionales utilizan diversos insumos, distintos a los estrictamente normativos, en la resolución de los casos controvertidos que son sometidos a su consideración.

En efecto, la interpretación de las premisas normativas y fácticas, no sólo la hacen tomando en cuenta las normas en abstracto y el material probatorio en bruto, sino que incorporan teorías (jurídicas, filosóficas, dogmáticas, de valoración de las pruebas, etcétera), que les permiten atribuir un significado concreto a las normas y a las pruebas, en la resolución de las controversias electorales¹.

En ese sentido, vemos que el desarrollo jurisprudencial del Derecho Electoral, se encuentra estrechamente vinculado a la teoría o teorías que utilizan los operadores jurídicos en la solución de las controversias.

Uno de los tantos teóricos que ha influido en la evolución de la jurisprudencia del TEPJF², es el destacado ius filósofo norteamericano Ronald Dworkin.

Así las cosas, el presente trabajo tiene como objetivo central, presentar someramente algunas de las tesis principales de Ronald Dworkin, y la influencia de este autor en la práctica judicial del TEPJF, con lo que habré también de demostrar el vínculo existente entre teoría y práctica judicial.

¹ Cfr. CÁCERES NIETO, Enrique, *Constructivismo Jurídico y Meta teoría del Derecho*, México, UNAM, 2007.

² También podemos encontrar la influencia de otros autores como e Jerzy Wróbleski, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, entre otros, que han permitido una notable evolución del Derecho Electoral en México.

En concreto, centraré mi exposición en una de las tesis de Dworkin que a la fecha, sigue siendo el principal motivo de disputa entre los teóricos del derecho, a saber, la separación conceptual entre el derecho y la moral, y la idea de un sistema jurídico conformado sólo por reglas, que dan pauta a la operación lógica de subsunción.

Dworkin, como se verá, no acepta la mencionada tesis, y por el contrario, se pronuncia por un vínculo indisoluble entre derecho y moral, y por tanto, de un sistema jurídico conformado no sólo por reglas, sino por principios.

Para lograr el objetivo trazado, en primer lugar se expondrá brevemente el pensamiento del heredero de Hart en la Universidad de Oxford, y posteriormente se analizarán algunos criterios del TEPJF, en donde se destaca la influencia de nuestro autor, argumentando paralelamente, el vínculo sustancial entre teoría y práctica judicial.

1. EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

El iusfilósofo norteamericano Ronald Dworkin, parte de una acepción que se contrapone a las teorías del derecho positivas como las de Kelsen, Austin y Hart, que de manera notable, presuponen una separación entre Derecho Y Moral, y un sistema jurídico conformado siempre por reglas.

Dworkin toma como punto de partida, su crítica al modelo positivista, por presentar éste una separación entre Derecho y moral, e Introduce, por oposición, su teoría sobre los principios, que le llevan a basarse en una concepción interpretativa del Derecho. Le confiere al juez, una importancia decisiva en el desarrollo de la responsabilidad de las decisiones judiciales³.

Para Dworkin, el sistema jurídico además de reglas, está conformado por principios, y estos deben de permitir que exista una única respuesta correcta en el caso de que las reglas no lo permitan. Añade que la única respuesta correcta sería aquella que mejor pueda justificarse a través

³ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 4ta reimpresión, 1999. Cap. 13.

de una teoría sustantiva que contenga los principios y ponderaciones de principios que mejor correspondan con la Constitución, las reglas de derecho y los precedentes. Dicha tarea es encomendada al súper juez Hércules dotado de una habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas.⁴

Los principios, en sentido estricto, son definidos por Dworkin, como estándares que han de observarse en virtud de una exigencia de justicia, equidad, o de alguna otra dimensión de la moralidad.⁵

Los principios se distinguen de las reglas, en que éstas establecen sus condiciones de aplicación, en tanto que los principios, suministran las razones para decidir en un sentido determinado, pero carecen de contenido específico, no establecen las condiciones de aplicación. En ese sentido, las reglas son o no aplicables en una fórmula todo o nada. En caso de conflicto entre dos reglas, sólo una puede ser válida.⁶

En cambio, los principios tienen una dimensión de peso, que en caso de conflicto, la prevalencia de uno no significa que el otro o los otros principios pierdan validez, de tal manera que, en un supuesto distinto donde se presente el mismo conflicto, pueda ser aplicado preferentemente el principio que en el primer caso fue desplazado. Bajo esta concepción, mientras las reglas se subsumen, los principios se ponderan.

Otra diferencia fundamental entre reglas y principios, es que las reglas pueden ser identificadas mediante un test de origen, mientras que los principios no. De acuerdo con lo anterior, sabemos que una regla pertenece a un sistema jurídico determinado, si se puede deducir su validez de una norma anterior, así hasta llegar a la Constitución. Mientras que no se puede deducir la validez de un principio por su origen, sino por su fuerza argumentativa, es decir, por su peso específico, por su contenido, de acuerdo con un complicado procedimiento de búsqueda de la más sólida teoría del Derecho.⁷

⁴ DWORKIN, Ronald, *cit. pos.*, Alexy, Robert, *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón práctica*, en Doxa, 5, 1988. pp. 139-140.

⁵ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, *Op. cit.*, nota 3, p. 72.

⁶ *Ibidem*, pp. 22 y ss.

⁷ *Ibidem*.

En esta parte, lo que Dworkin pretende demostrar es que los jueces recurren con frecuencia a estándares que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento hartiana, y en vinculación con ello, que existen deberes jurídicos que no hallan su fundamento en una práctica social. A partir de lo anterior, Dworkin considera que los principios no pueden identificarse por referencia al origen en un cierto legislador o Tribunal, sino por el sentido de convivencia u oportunidad que se desarrollan en el tiempo.⁸

Nuestro autor, para identificar cuándo estamos ante la presencia de un principio, había escrito: “fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior... Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo... A menos que llegásemos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos demostrar nuestro caso.”⁹

Lo anterior parecía dar cabida a una nueva regla de reconocimiento, no obstante, Dworkin se resistió a desarrollar su criterio de apoyo institucional. Así, Dworkin apunta: “Un principio es un principio del derecho si figura de la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas...”¹⁰ Lo que nos lleva a “justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad... (por ende) conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral.”¹¹

Con todo, reglas y principios, establecen obligaciones vinculantes para el juez; éste los descubre, no asume una función creativa. Para Dworkin, los principios que son inescindibles de la moral, entran en juego cuando el Derecho explícito es insuficiente, no cuando es inmoral.

Según Dworkin, todo sistema jurídico, que se guíe en su interpretación por principios, ha de ir más allá del simple análisis del texto

⁸ Ibídem, p. 95.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem, p. 128.

¹¹ Ibídem, p. 129.

y estar dispuesto a argumentar a favor de preservar los derechos fundamentales. De ahí que las normas y los principios sean esenciales para intentar llegar a “soluciones correctas” racionalmente motivadas. De esa manera, Dworkin opina que ante casos dificultosos, los jueces han de asistir inexorablemente a los principios. Diseña la necesidad en primer lugar, el pretender formar los fallos judiciales desde el derecho válido, con las decisiones tomadas por los sistemas políticos en segundo lugar. Para ello, se basa en la teoría de los derechos individuales, los cuales tienen un sentido deontológico que permite una justificación sustentada en los principios, con el fin de pretender buscar decisiones correctas. Tales principios suministran argumentos para reconstruir normativamente y mediante justificaciones, el derecho vigente. Una teoría del derecho vista desde esta perspectiva, debe pretender encontrar principios y objetivos válidos desde los cuales, un orden jurídico concreto pueda quedar reconocido en sus elementos esenciales; de tal manera que todas las decisiones judiciales sean razonables y coherentes, y esto sólo lo puede hacer un juez que tiene a Hércules como modelo.¹²

Dworkin en su obra “El imperio de la Justicia”, retoma sus planteamientos sobre la única respuesta correcta. Así, expone su tesis de la siguiente manera: “Según el derecho como integridad, las propuestas de la ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencias de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”.¹³

Dworkin afirma: “En los casos difíciles, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”¹⁴. Dworkin confía más en la función de los jueces para hacer valer los derechos fundamentales.

Dworkin asume que si bien es cierto que un proceso constitucional concluye con la adopción de un catálogo de derechos fundamentales,

¹² DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 164.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, *Op. cit.*, nota 3, p. 80.

éstos tienen que ser interpretados e implementados, lo que lo lleva a manifestar que a las normas es necesario interpretarlas antes que se les pueda aplicar a casos concretos por parte del juez, quien debe seguir las directrices del legislador. Para ello introduce la distinción entre argumentos de principio –protege derechos individuales– y argumentos políticos –que protegen derechos colectivos. El legislador obra desde argumentos políticos y si los tribunales son delegados por parte del legislador, entonces deben tener competencia para basar sus decisiones desde argumentos de principio, esto es, que la justificación de una decisión política respeta o asegura el derecho del grupo o los individuos.¹⁵

Dworkin argumenta que ante una única resolución correcta, el juez ha de justificar por medio de razones, por qué ha optado por esa decisión, basado, claro está, fundamentalmente en proteger los derechos de los individuos y grupos antes que cualquier otra opción. Esto podría llevar a que, cuando los jueces deciden han de hacerlo pensando que sus juicios al ser interpretados por la comunidad jurídica y por los implicados en el caso, lo están haciendo de forma deliberativa pues, ante una “pésima” y poco justificada decisión, los afectados podrían demandar ante una instancia superior la revisión o revocación de la decisión. Para Dworkin el raciocinio jurídico es un adiestramiento que se edifica interpretativamente, de ahí que su teoría del derecho tenga como sustento la interpretación. El derecho tiene como función la interpretación de las prácticas sociales desde un plano “constructivista” basado en principios y valores –los principios ofrecen la mejor justificación posible de la justicia, que puede ser brindada por medio del derecho–; es una teoría normativa de la interpretación que como lo explica, debe entenderse desde la opción por “el mejor ejemplo posible” a seguir desde valores morales. La respuesta correcta surge de la adecuada búsqueda para solucionar ese determinado caso.¹⁶

Así, cuando dos teorías inferidas a partir del derecho vigente, concurren en la explicación de un sistema jurídico, deberá preferirse

¹⁵ *Ibidem*, p. 147.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 403-404.

la que sea moralmente más fuerte; ya que una mejor moral, supone una mejor justificación del ordenamiento.¹⁷

Empero, ¿Qué postura debe asumir Hércules cuando se de un conflicto entre los materiales jurídicos vigentes y los derechos morales básicos? Dworkin responde: “Es posible que deba mentir, que deba ocultar el Derecho válido; bien es cierto que sería poco aconsejable convertir esta mentira en asunto de teoría de la jurisprudencia”.¹⁸

En ese orden de ideas, Dworkin sostiene textualmente lo siguiente: “People often stand to gain or lose more by one judge’s nod than they could by any general act of Congress or Parliament.”¹⁹

Luego entonces, la actividad judicial a través de la interpretación y aplicación de los principios constitucionales, tiende a proteger y garantizar derechos concretos de los individuos y grupos, por lo que queda depositar toda nuestra confianza en ese grupo de jueces para que tomen las mejores decisiones; si no con la única respuesta correcta, sí la más correcta posible.

Esto nos lleva a otro de los argumentos centrales de la obra de Dworkin: el significado y alcance de la actividad de los jueces, en especial, de la discrecionalidad judicial.

La postura de Hart al respecto, parece ser el blanco de la crítica antipositivista de Dworkin²⁰. Para Hart, los jueces no se comportan como legisladores, sino que obtienen de las leyes, de los precedentes, las pautas fundamentales para tomar sus decisiones. No obstante, esas leyes y precedentes no son los suficientemente claras, ni pueden contemplar todos los supuestos de que implican la complejidad de la vida social. Es entonces, cuando los jueces despliegan una actividad que puede calificarse como creativa.

¹⁷ Ibídem, p. 456.

¹⁸ Ibídem, p. 451.

¹⁹ La traducción de lo anterior queda de la siguiente manera: “Las personas resisten a menudo ganar o perder más por la inclinación de un juez que por cualquier acto general de Congreso o Parlamento.” Cfr. Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, p. 1.

²⁰ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, *Op. cit.*, nota 3, pp. 413 y ss.

Con ese respecto Hart afirma: “La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.”²¹

Dworkin por el contrario, niega toda discrecionalidad fuerte de los jueces, que supondría la ausencia de normas y principios para resolver una controversia. Sin embargo, acepta una discrecionalidad “débil”, dado que todos los jueces realizan una actividad de discernimiento, una argumentación racional, y porque algunos tribunales adoptan la decisión final e inapelable sobre los conflictos.

En ese sentido, Dworkin reconoce completamente la autosuficiencia del Derecho. Al juez Hércules le corresponde la tarea de desarrollar la mejor y más coherente teoría que explique y justifique mejor el Derecho explícito. Por tanto, debe abstenerse de crear normas, ya que las partes en el conflicto esperan que se declare el derecho, en base a un derecho propio y preexistente.

Nuestro autor, desarrolla su teoría de la decisión judicial en el capítulo de los “casos difíciles”. En él, señala que el positivismo hierra, porque los jueces, recurriendo a los principios, siempre disponen de material jurídico suficiente para resolver cualquier conflicto, por difícil que pareciera. Además, sostiene que el positivismo alienta una función jurisdiccional antidemocrática, porque los jueces no desempeñan un poder representativo y, en todo caso, la atribución de un papel creativo afecta la división de poderes. De igual modo, argumenta que es lesiva para los derechos, porque si sus decisiones se producen con posterioridad, desaparece el postulado fundamental de la previsibilidad de las acciones, y con ello, de la seguridad jurídica²².

²¹ HART. H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2a ed., Traducción de Genaro Carrió, México, UNAM, 1980.

²² Las objeciones de Dworkin al positivismo, han sido respondidas por Hart. H.L.A., “*El nuevo desafío al positivismo jurídico*”, traducción de F. LAPORTA, L. HIERRO Y J. R. PÁRAMO, en *Sistema*, número 36, Mayo de 1980, pp. 10 y 11.

El capítulo V de la obra de los Derechos en Serio, denominado, “Los casos constitucionales”²³, constituye una puntualizada refutación a la doctrina que postula el riguroso sometimiento del juez al texto constitucional, en defensa del activismo judicial.

De acuerdo con Dworkin, en el activismo judicial no hay usurpación de los poderes de la mayoría, ni revisión constitucional, ni contradicción con su idea de la judicatura como cuerpo no político y sometido rigurosamente al Derecho. La Constitución, no es un texto pesado, ni se compone sólo de fórmulas bien precisas y delimitadas. En Estados Unidos, “La Constitución, y particularmente el *Bill of Rights*”, está destinada a proteger a los ciudadanos... contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría.”²⁴

Acorde a lo anterior, una premisa fundamental en la teoría de Dworkin, es respecto del papel que le corresponde al juez que en verdad quiera asumir la defensa de la Constitución. Este juez, no debe perder de vista que ésta descansa en una muy concreta teoría moral, cuyo postulado capital es que los hombres tienen derechos morales oponibles al Estado. Derechos que no pueden ser objeto de negociación política, y cuya protección requiere profundizar en el sentido que se la atribuye a los textos normativos. El estado de cosas citado, requiere a decir de Dworkin: “un Tribunal activista, en el sentido que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política”.²⁵

Es por ello, que para nuestro autor, los jueces no son órganos políticos, porque de lo contrario, carecerían de legitimidad para oponerse de modo eficaz a los designios de la mayoría, ni podrían sostener que sus decisiones son más justas que las del gobierno.

Para garantizar el imperio de la Constitución, Dworkin refiere que los jueces deben estar dispuestos a desempeñar un papel activo en defensa de la teoría moral sobre la que reposa todo el sistema.

²³ Fue publicado originalmente con el título “*The Jurisprudence of Richard Nixon*”. Detalla la polémica entre Nixon y el juez Warren.

²⁴ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, *Op. cit.*, nota 3, p. 211.

²⁵ *Ibidem.*, p. 231.

En la teoría de nuestro autor, se tiene en cuenta que la Constitución incorpora preceptos bien delimitados y completos, cuyo significado es siempre idéntico por aludir a una realidad determinada y conocida, y por tanto, que no requieren de ningún esfuerzo interpretativo. Dworkin denomina a lo anterior “concepciones”, que el constituyente quiso hacer perdurar como decisiones básicas del sistema. A lo anterior, Dworkin opone los llamados “conceptos” constitucionales, entendidos como puntos de vista de los constituyentes, encerrados en términos vagos, como referencias a estándares de conducta cuya concreción depende de las concepciones del momento. Para dotar de significado a los conceptos, el juez no debe de satisfacer la concepción que tuvo el constituyente, sino en determinar la concepción que (en el momento) mejor se ajuste al estándar incorporado en la Constitución: ello de acuerdo a la tesis fundamental que adopta la fusión del derecho constitucional y la teoría ética.²⁶

De tal suerte, Dworkin establece: “si quienes promulgaron las cláusulas amplias hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo”.²⁷ En consecuencia, el juez se apegará a la Constitución, si toma su propia decisión acerca de determinado concepto en particular, en vez de seguir la concepción que el legislador tuvo en cuenta.

Otro aspecto fundamental en el pensamiento de Dworkin, es su postura en torno a los derechos humanos. Así, frente a una teoría política basada en los objetivos –utilitarismo– o en los deberes, nuestro autor nos propone una teoría política basada en los derechos²⁸; una teoría basada en la noción de derechos naturales anteriores a toda ley, convención o contrato hipotético, y que por ello no están sujetos a negociaciones ni al cálculo de intereses sociales.²⁹

Precisamente en eso consiste tomarse los derechos en serio. Según Dworkin, un gobierno para quien los derechos no sean un simple

²⁶ *Ibidem.*, p. 233.

²⁷ *Ibidem.*, p. 215.

²⁸ *Ibidem.*, p. 261.

²⁹ *Ibidem.*, P. 267.

recurso retórico, un gobierno que reconozca los derechos: “debe prescindir de la aseveración de que los ciudadanos jamás tienen derecho a infringir sus leyes, y no debe definir los derechos de los ciudadanos de tal modo que queden aislados por supuestas razones del bien general”.³⁰

De lo anterior se advierte porqué Dworkin señala la desobediencia de la ley, como rasgo distintivo de un derecho fundamental que lo sea auténticamente.

Los derechos individuales se convierten así, en el fundamento de todo sistema jurídico-político. Por tal motivo, Dworkin afirma: “si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”.³¹

Los derechos fundamentales, también desempeñan una importante función en la actividad judicial, ya que no sólo presentan una dimensión subjetiva de protección del individuo, sino que constituyen también criterios preferentes para la interpretación jurídica. Ante un caso difícil, el juez debe buscar no cualquier solución, sino indagar los alcances que los derechos fundamentales tienen en el caso concreto. En otros términos, debe optar por aquella solución que resulte más acorde con las exigencias de los derechos. El criterio hermenéutico a favor de las libertades –*favor libertatis*– tal vez sea el ejemplo más claro acorde con el planteamiento de Dworkin.

En suma, creo que la obra de Dworkin, es recomendable para todos los juristas preocupados por su labor, y preocupados porque los derechos sean tomados en serio, como lo señala nuestro autor.

2. LA INFLUENCIA DE DWORKIN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

En este apartado, a través del análisis de algunas sentencias y jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,

³⁰ Ibídem., p. 302.

³¹ Ibídem., p. 303.

demostraré la influencia de nuestro autor, ya que considero que en los casos en análisis, el Tribunal Electoral adopta un método similar al de Hércules, buscando la mejor interpretación posible en la solución de los asuntos sometidos a su consideración.

En cuanto al reconocimiento de los principios, que en definición de nuestro autor, son estándares que han de observarse en virtud de una exigencia de justicia, equidad, o de alguna otra dimensión de la moralidad;³² el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el año 2000, en el Estado de Tabasco, anuló por primera vez una elección, por una causa de nulidad no expresamente prevista en la norma, tomando en consideración la violación a principios constitucionales y legales, fundamentales para que cualquier tipo de elección sea considerada válida³³.

De haber seguido la letra de la ley, es decir, de haber considerado al Derecho un conjunto de normas (reglas), el Tribunal Electoral no hubiese anulado la elección de Gobernador de esa entidad federativa.

Lo anterior significa, que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al igual que Dworkin, estimó que el sistema jurídico mexicano, además de estar conformado por reglas –primarias y secundarias de acuerdo con Hart–, también se encuentra conformado por principios.

La citada decisión, dio pauta al establecimiento de la tesis X/2001, de rubro: ELECCIONES. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE SE DEBEN OBSERVAR PARA QUE CUALQUIER TIPO DE ELECCIÓN SEA CONSIDERADA VÁLIDA.³⁴

La tesis señalada, precisa que los principios constitucionales y legales que se deben observar para que cualquier tipo de elección sea considerada válida, son, entre otros: elecciones libres, auténticas

³² DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, *Op. cit.*, nota 3, p. 72.

³³ Véase sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-487/2000 y acumulado, Disponible en [http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nSentencias/nSuperior/n2000/jrc/sup-jrc-0487-2000.htm?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nSentencias/nSuperior/n2000/jrc/sup-jrc-0487-2000.htm?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0).

³⁴ Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nJurisprudenciayTesis/nVigentesTercerayCuartaEpoca/ntesisvigentes/n2001/T-X-2001.htm>.

y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales prevalezca el principio de equidad; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral, el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.

Como puede observarse, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la tesis de referencia, determinó cuáles son los estándares que deben de observarse, para que cualquier tipo de elección sea considerada válida. Además, los mencionados principios fueron establecidos atendiendo a criterios de justicia y equidad, dado que su no observancia, se traduce en contiendas electorales desaseadas, donde existe compra y coacción del voto, y todo tipo de prácticas que atentan contra la libertad del sufragio.

Es por ello que la sentencia de nulidad por violación a principios constitucionales, dio origen al establecimiento de la conocida como causal abstracta de nulidad de elección, cuya denominación corresponde a una causal no expresamente prevista en una norma, que se actualiza cuando se violan de forma grave y generalizada, los principios constitucionales y legales que deben observarse para que una elección sea considerada válida³⁵.

Cabe destacar que en el momento en que fue emitida la mencionada resolución, inmediatamente se generaron reacciones adversas, sobre todo, de juristas formados bajo la corriente Kelseniana, los que señalaron que resultaba inadmisibles que el Tribunal Electoral haya tomado la decisión de anular una elección, por una causal no expresamente prevista por la norma.

De tal suerte que, en la reforma constitucional en materia electoral de publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de noviembre

³⁵ Véase tesis: Nulidad de elección. Causa abstracta (Legislación de Tabasco y similares), Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2006/CDElectoral/pdf/J175.pdf>.

de 2007, se aprobó una modificación al artículo 99, en la que se dispuso que la Sala Superior y Regionales del Tribunal Electoral, sólo pueden declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes.

Con lo anterior, se buscó limitar el activismo judicial del Tribunal Electoral, para que sólo por las causas expresamente previstas por las leyes, se pudiese anular una elección.

Empero, posterior a la reforma constitucional en materia electoral de 2007, la Sala Superior ha mantenido su criterio de nulidad de elección por violación a los principios constitucionales, como en el caso “Yurécuaro” (SUP-JRC-604/2007³⁶), o el caso “Acapulco” (SUP-JRC-165/2008³⁷), por lo que, la causal abstracta de nulidad de elecciones, muerta con la reforma electoral citada, ha evolucionado hacia la causal por violación a principios constitucionales.

Los argumentos de la Sala Superior que sustentan este cambio se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- La reforma constitucional de 2007 dotó de competencia a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar una norma contraria a la Constitución, convirtiéndolas en auténticos tribunales de constitucionalidad;
- La referencia expresa a que sólo puede declararse la nulidad de elecciones por aquellas causas previstas en ley, se debe interpretar de forma sistemática con el resto del ordenamiento, pues dicha restricción derivada de una interpretación letrista, haría nugatorio el sentido de la reforma de convertir a las Salas del Tribunal Electoral en auténticos tribunales de constitucionalidad, como se mencionó en líneas anteriores. En otras palabras: anular elecciones sólo por las causales reconocidas en la ley convertiría a las Salas del Tribunal Electoral en tribunales de legalidad, circunstancia incompatible con la reforma.

³⁶ Disponible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2007/JRC/SUP-JRC-00604-2007.htm>

³⁷ Disponible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2008/JRC/SUP-JRC-00165-2008.htm>

Igualmente, cabe señalar que en las sentencias antes señaladas se estableció, la metodología para el análisis de una causal de nulidad de elección por violación a los principios constitucionales, la que obliga al operador jurídico a seguir los siguientes pasos:

- Acreditar que, sin lugar a dudas, existió una violación a un principio constitucional.
- De igual modo, corroborar que dicha irregularidad es grave, lo que debe operarse en la medida en que involucra la conculcación de determinados principios o la vulneración de ciertos valores fundamentales constitucionalmente previstos y que son indispensables para estimar que se está en presencia de una elección democrática.
- Finalmente, demostrar que la violación reclamada fue determinante para el sentido de la elección, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Superior, a los criterios cuantitativo y cualitativo, esto es, a la magnitud medible o calculable racionalmente.

En criterios más recientes, el Tribunal Electoral, bajo supuestos dworkinianos, afortunadamente continuó en una línea progresiva, de tal suerte que hoy día, los principios siguen teniendo pleno reconocimiento por ese órgano jurisdiccional, añadiendo además, los derivados de los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano.

En ese sentido, la Sala Superior, consideró en el dictamen relativo al Cómputo Final, Calificación de la Elección, Declaración de Validez y de Presidente Electo de los Estados Unidos Mexicanos,³⁸ que puede declarar la invalidez de la elección, por violación a los principios constitucionales, cuando se presenten los siguientes elementos:

- a. La existencia de hechos que se consideren violatorios de algún principio constitucional, o parámetro de derecho internacional aplicable (violaciones graves, sustanciales);
- b. Que las referidas violaciones se encuentren plenamente acreditadas;
- c. Que se constate el grado de afectación que la violación haya producido dentro del proceso electoral, y

³⁸ Disponible en <http://portal.te.gob.mx/proceso2012>.

d. Que las violaciones sean cuantitativa o cualitativamente determinantes para el resultado de la elección.

Por tanto, la Sala Superior del Tribunal Electoral refirió que calificación jurisdiccional de validez de la elección, debe efectuarse conforme al parámetro de constitucionalidad y convencionalidad, y en consecuencia, conforme a los principios y valores que inspiran el sistema jurídico mexicano.

Conforme a lo anterior, es oportuno destacar algunos principios y valores constitucionales y convencionales en materia electoral, de acuerdo a los cuales se debe calificar la validez de la elección, a saber:

- Los derechos humanos de votar, ser votado, asociación y afiliación, en cuanto a principios; previstos en los artículos 35, fracciones I, II y III, y 41, párrafo 2, fracción I, párrafo 2, de la Constitución General de la República; 23.1 inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- El derecho de los ciudadanos a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país, previsto en los artículos 23.1 inciso c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- El principio de elecciones libres, auténticas y periódicas, previsto en los artículos 41, párrafo 2, de la Constitución General de la República; 23.1 inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- El principio del sufragio universal, libre, secreto y directo, establecido en los artículos 41, párrafo 2, base I, párrafo 2, y 116, fracción IV, inciso a), de la Constitución General de la República; 23.1 inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- El principio de libertad de expresión y del derecho a la información –y su maximización en el debate político que precede a las elecciones–, consignado en los artículos 6o., y 7o., de la Constitución General de la República; 25.1 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

- El principio conforme al cual, los partidos políticos nacionales deben de contar de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades, de acuerdo a lo previsto por el artículo 41, párrafo 2, base II, de la Constitución General de la República;
- El principio de equidad en el financiamiento público, prescrito por los artículos 41, párrafo 2, base II y 116, fracción IV, inciso g), de la Constitución General de la República;
- El principio de prevalencia de los recursos públicos sobre los de origen privado, establecido por el artículo 41, párrafo 2, base II de la Constitución;
- El principio de acuerdo al cual la organización de las elecciones se debe llevar a cabo por un organismo público, dotado de autonomía e independencia, dispuesto por el artículo 41, párrafo 2, base V, de la Constitución General de la República;
- Los principios rectores de la función electoral: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, establecidos por los artículos 41, párrafo 2, base V y 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución General de la República;
- Los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales, previstos por el artículo 41, párrafo 2, base VI de la Constitución General de la República;
- El derecho a la tutela judicial efectiva, establecido por los artículos, 17, 41, párrafo 2, base VI y 116, fracción IV, inciso l), de la Constitución General de la República, y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- El principio de definitividad en materia electoral, dispuesto en los artículos 41, párrafo 2, base VI y 116, fracción IV, inciso m), de la Constitución General de la República;
- El principio de equidad en la contienda electoral entre los partidos políticos y sus candidatos, previsto en el artículo 134, en relación con el 41, párrafo 2, base II, de la Constitución Federal, y
- El principio de acuerdo con el cual, sólo la ley puede establecer las causales de nulidad, prescrito en el artículo 99, párrafo 4, fracción II, párrafo 2, de la Carta Magna.

Los referidos principios se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico mexicano, y constituyen premisas esenciales o elementos para considerar una elección como democrática, cuyo cumplimiento también es fundamental para considerar constitucionalmente válida una elección.

Siguiendo a Dworkin, los principios de cuenta, pueden ser calificados como principios, no por su origen, ni por su fuente –Constitución–, sino por su peso argumentativo, es decir, por su peso específico, por su contenido, de acuerdo con un complicado procedimiento de búsqueda de la más sólida teoría del Derecho.

El establecimiento de dichos estándares democráticos para considerar que una elección es válida, constituye un esfuerzo argumentativo sin precedentes por parte del Tribunal Electoral, en el que sin duda, parte del ideal regulativo de presentar la teoría del derecho más lógica y mejor fundada, que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas.

En la actualidad, nadie podrá objetar que los referidos principios, son fundamentales para poder hablar de una elección democrática. Es por ello, que siguiendo a Dworkin, los principios mencionados encuentran su justificación en estándares de justicia y equidad, esto es, en una dimensión jurídica y moral.

Se insiste en que si el Tribunal Electoral hubiese considerado como Derecho, sólo las normas expresamente establecidas, no habría podido anular la elección de Gobernador del Estado de Tabasco, ni algunas otras elecciones, como en Torreón, Colima, Zamora, Yurécuaro, Huazalingo o Zimapán, entre otros casos.

Para destacar la importancia de la nulidad de elección por violación a los principios constitucionales, se citan los casos Zamora (SUP-REC-034/ 2003³⁹) y Torreón (SUP-REC-009/2003 y acumulado⁴⁰), en donde los agravios hechos valer por los actores, fueron la manipulación de

³⁹ Disponible en <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2003/REC/SUP-REC-00034-2003.htm>

⁴⁰ Disponible en <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2003/REC/SUP-REC-00009-2003.htm>

programas sociales, el uso de recursos públicos a favor de los candidatos del Partido Acción Nacional, la distribución de propaganda negra (Torreón) y de propaganda religiosa (Zamora), la presencia del grupo de choque “hombres de negro” y la inequidad en el acceso a los medios de comunicación. Agravios que fueron probados a través de declaraciones, notas periodísticas, pruebas técnicas como videos, documentales privados, etcétera, los cuales administrados de manera armónica condujeron a la nulidad de la elección en cada caso. En esos asuntos, no existía una norma que expresamente sancionara con la nulidad de la elección, la comisión de dichas conductas.

En ese orden de ideas, imaginemos por un momento un Juez que sólo reconoce como Derecho válido, el que está expresamente reconocido en una norma. Siendo congruente con sus creencias, ante los anteriores casos, hubiese adoptado la decisión de no anular dichos comicios, por no contar con una norma que expresamente previera dicho supuesto; con el consiguiente resultado de mantener válidas unas elecciones completamente desaseadas, en donde no se puede decir que el resultado fue producto de libre expresión de los ciudadanos.

En cambio, un Juez como Hércules, que reconoce como Derecho además de las reglas, a un conjunto de principios que encuentran su justificación en estándares de justicia, equidad o cualquier otra dimensión de moralidad; adopta la mejor determinación que sea resultado de la ponderación del sistema jurídico en su conjunto –principios y reglas–, de acuerdo al ideal democrático de unas elecciones libres, auténticas y periódicas. De tal suerte que bajo esas creencias, un Juez o tribunal al estilo dworkiniano –como el Tribunal Electoral–, haya tomado la determinación de anular esas elecciones, a pesar de no contar con una norma que expresamente lo facultara para hacerlo.

Es en esta parte, donde siguiendo a Dworkin, se aprecia el activismo judicial que ha tenido el Tribunal Electoral, con la finalidad de restablecer los principios del Estado Constitucional y democrático de Derecho, sancionando, de la manera más grave, aquellos comicios que no se ajusten a esos estándares fijados para que las elecciones sean consideradas como un fiel reflejo de la voluntad popular.

En cuanto a la protección de los derechos, existe una vasta Jurisprudencia del Tribunal Electoral, donde lo fundamental es, tomar los derechos en serio, como lo señala nuestro autor.

Como se verá, para el Tribunal Electoral, los derechos fundamentales también desempeñan una importante función en su actividad judicial, ya que no sólo presentan una dimensión subjetiva de protección del individuo, sino que constituyen también criterios preferentes para la interpretación jurídica.

Por lo que ante un caso difícil, el juez debe buscar no cualquier solución, sino indagar los alcances que los derechos fundamentales tienen en el caso concreto. En otros términos, debe optar por aquella solución que resulte más acorde con las exigencias de los derechos.

El criterio hermenéutico a favor de las libertades *–favor libertatis–* tal vez sea el ejemplo más claro acorde con el planteamiento de Dworkin.

Acorde a lo expuesto por nuestro autor, el Tribunal Electoral, en la Jurisprudencia 29/2002, de rubro: “DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACIÓN Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA”⁴¹; ha sustentado que interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación en materia política y de afiliación política electoral consagrados constitucionalmente, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran. Por ello, cabe hacer una interpretación con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos.

Lo anterior, precisa el Tribunal, en virtud de que las pautas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, como lo son los de asociación política y de afiliación político-electoral; por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus

⁴¹ Disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=564&tpoBúsqueda=S&Word=Derechos,Pol%C3%ADtico-Electorales>

alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental. Sin que esto signifique en forma alguna sostener que los derechos fundamentales de carácter político sean derechos absolutos o ilimitados.

En congruencia con el anterior criterio, la Sala Superior del Tribunal Electoral, al resolver los expedientes SUP-JDC-0695/2007⁴², determinó que el derecho de ser votado no debe vulnerarse por ocupar un cargo de elección popular. Destacadamente, la Sala Superior, precisó que el hecho de que un ciudadano esté en ejercicio de un cargo de elección popular, no impide que pueda registrarse como candidato para contender por otro cargo de esa naturaleza, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el que fue electo, siempre que se separe dentro del término legalmente exigido.

En el caso concreto, la Sala Superior inaplicó la prohibición prevista en el artículo 42, párrafo 3, de la Constitución local de Baja California, consistente en que un presidente municipal de un ayuntamiento no puede ser electo Gobernador del Estado, durante el período para el cual fue electo, aun cuando se separe de su cargo; bajo el argumento de que contraviene los tratados internacionales y, en especial, a los artículos 1, 2, 29 y 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales forma parte del sistema jurídico mexicano.

La disposición en comento, es del tenor siguiente:

Artículo 42. No podrán ser electos Gobernador del Estado: el Secretario General de Gobierno, los Magistrados y Jueces del Tribunal Superior de Justicia del Estado, el Procurador General de Justicia y los Secretarios y Directores del Poder Ejecutivo, salvo que se separen de sus cargos en forma definitiva, noventa días antes de la elección.

Los Militares en servicio activo y los titulares de los cuerpos policíacos, no podrán ser electos Gobernador del Estado, salvo que se separen de sus cargos en forma provisional, noventa días antes de la elección.

⁴² Disponible en <http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2007/JDC/SUP-JDC-00695-2007.htm>

Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes Municipales, Síndicos Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos; aún cuando se separen de sus cargos; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo.

Con ese respecto, la Sala Superior sostuvo que cualquier condición adicional que se imponga al ejercicio de los derechos político- electorales, deberá basarse exclusivamente en calidades inherentes a la persona, además de ser necesaria e idónea para lograr la finalidad perseguida, y obedecer a criterios objetivos, racionales y proporcionales, que tengan como base algún principio o valor fundamental del sistema constitucional. Por tanto, la limitación a la posibilidad de contender de un ciudadano, durante el desempeño de un cargo de elección popular, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los instrumentos internacionales en cuanto potencian el derecho a ser votado.

En armonía con Dworkin, la Sala Superior realizó una interpretación a favor de los derechos, a la luz de los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental de ser votado y, en especial, con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; de donde se obtiene que la limitación prevista en el citado artículo de la constitución local de Baja California, no encuadra en los supuestos permitidos para restringir ese derecho fundamental. Por lo cual, en el caso, se privilegió la interpretación normativa tendente a maximizar el ejercicio del derecho a ser votado.

En efecto, en el caso, la Sala Superior potenció el derecho fundamental a ser votado, al considerar que la referida limitante de la constitución local de Baja California, restringe el ejercicio del mencionado derecho, porque se trata de una restricción que no corresponde ni a calidades intrínsecas de la persona, ni resulta necesaria, proporcional e idónea para tutelar alguno de los principios rectores de cualquier elección.

Se sustentó lo anterior, porque, en términos del artículo 79 de la Constitución Local y 32 de la Ley de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Baja California, el cargo de presidente municipal,

se adquiere por reunir los requisitos previstos en dicha legislación, y por resultar electo en el proceso electoral atinente. Por tanto, ocupar el cargo de presidente municipal, no es una calidad inherente a la persona.

También se consideró que no es una medida necesaria, idónea y proporcional, de conformidad con los criterios para determinar la validez de las restricciones a derechos fundamentales, asumidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Yatama Vs. Nicaragua*, en la sentencia de 23 de junio de 2005.

Al respecto, la Sala Superior estimó que la prohibición contenida en la constitución local de Baja California, no era idónea para alcanzar la finalidad perseguida, consistente en lograr el adecuado y el responsable desempeño de un cargo de elección popular, pues éste está asegurado a través de diversos mecanismos constitucionales, entre los cuales pueden ubicarse los preventivos –revisión, análisis, y auditorías de las cuentas públicas; la planeación democrática del desarrollo estatal y municipal; la aprobación o la reprobación de los convenios sobre cuestión de límites territoriales con las entidades de la Federación, etc.; –los correctivos –que tiene que ver con la solución de conflictos a cargo de las instancias competentes para resolverlos–, y los sancionatorios o punitivos –la suspensión o desaparición de ayuntamientos, o bien, la suspensión o la revocación de los ayuntamientos; la declaración de procedencia contra los servidores públicos, y el juicio político–.

Igualmente, consideró que del hecho de que un servidor público de elección popular cumpla de manera íntegra con el período para el cual fue electo, no necesariamente implica que observará su programa de gobierno municipal o legislativo, por ejemplo, ya que entre los mecanismos adecuados para asegurar, mediante la amenaza de una sanción que se cumpliría con las oferta política durante las campañas, por ejemplo, sería a través de los procedimientos de revocación de mandato o el llamado mandato imperativo, los cuales no están previstos en la legislación del Estado de Baja California.

En consecuencia, se sostuvo que no era preciso que con disposiciones como las semejantes se inhiban conductas no deseadas.

Por el contrario, la Sala Superior razonó que la posibilidad de que un sujeto que ocupa un cargo de elección popular pueda continuar con su carrera política, mediante la posibilidad de que para ello fuera suficiente su separación oportuna definitiva o provisional, operaría como un incentivo positivo, ya que su éxito ante el electorado estaría asegurado por su gestión pública como legislador o munición, y no porque se limite su derecho de seguir ocupando un cargo público de manera inmediata a aquel de que se hubiere separado.

Adicionalmente, la Sala Superior argumentó que con la referida interpretación a favor del derecho de ser votado, no se quebrantaba la soberanía popular ni se impide la integración de los órganos de gobierno, mucho menos se imposibilita el correcto funcionamiento de las instituciones y la continuidad de las tareas legislativas y de gobierno, mediante la separación del cargo de manera oportuna por quien aspire a otro puesto de elección popular, ya que existen instrumentos para suplir las ausencias.

Por todo lo antes expuesto, la Sala Superior del Tribunal Electoral, concluyó que la norma limitativa del derecho a ser votado, prevista en el artículo 42, párrafo 3, de la Constitución de Baja California, produciría la disminución de la participación ciudadana, el pluralismo político y la profesionalización de la carrera política en detrimento de la consolidación de un sistema democrático.

El criterio apuntado, dio origen a la Jurisprudencia 02/2010, de rubro: DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR (LEGISLACIÓN DE BAJA CALIFORNIA).⁴³

Es en este tipo de casos, donde la labor del Tribunal Electoral se asemeja al Juez Hércules dworkiniano, dado que asegura al máximo la vigencia y plena efectividad de los derechos fundamentales, incluso, en contra de la decisión de las mayorías plasmada en una norma.

⁴³ Disponible en [http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=1351&tpoBusqueda=S&sWord=DERECHO,A,SER,VOTADO,NO,DEBE,VULNERARSE,POR,OCUPAR,UN,CARGO,DE,ELECCI%C3%93N,POPULAR,\(LEGISLACION,DE,BAJA,CALIFORNIA](http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=1351&tpoBusqueda=S&sWord=DERECHO,A,SER,VOTADO,NO,DEBE,VULNERARSE,POR,OCUPAR,UN,CARGO,DE,ELECCI%C3%93N,POPULAR,(LEGISLACION,DE,BAJA,CALIFORNIA)

Se aprecia como el Tribunal Electoral se toma los derechos en serio, al dejar de aplicar una disposición normativa que no cumple con los estándares necesarios que justifiquen la limitación al derecho fundamental de ser votado.

Precisamente en eso consiste tomarse los derechos en serio. Recordemos que Dworkin señala que, un gobierno para quien los derechos no sean un simple recurso retórico, un gobierno que reconozca los derechos: “debe prescindir de la aseveración de que los ciudadanos jamás tienen derecho a infringir sus leyes, y no debe definir los derechos de los ciudadanos de tal modo que queden aislados por supuestas razones del bien general”.⁴⁴

De lo anterior se advierte porqué Dworkin señala la desobediencia de la ley, como rasgo distintivo de un derecho fundamental que lo sea auténticamente.

Cabe señalar, que se valora aún más la labor del Tribunal Electoral en el caso bajo estudio, porque en la fecha en la que se resolvió –6 de julio de 2007–, contaba con una limitación de índole jurisprudencial, impuesta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación –a través de la Jurisprudencia 2/2000–, para dejar de aplicar una norma que fuese contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, lo anterior no fue obstáculo para que el Tribunal Electoral, haciendo una interpretación conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, realizará un ejercicio de control de convencionalidad, dejando de aplicar la norma de la Constitución de Baja California, por limitar el derecho fundamental a ser votado.

Actualmente, a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación en noviembre de 2007, las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuentan con competencia expresa para dejar de aplicar una norma cuando se considere contraria a la Carta Magna. Y a partir de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos de junio de 2011, se ha

⁴⁴ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Op. cit., nota 3, p. 302.

inaugurado un nuevo paradigma en la interpretación y protección de los Derechos Humanos, dado que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de promover, respetar y garantizar los Derechos Humanos consagrados tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales en la materia suscritos por el Estado Mexicano.

Como se expresó, es vasta la Jurisprudencia del Tribunal Electoral donde nos deja en claro que los derechos fundamentales no son objeto de negociación, en donde nos precisa que los derechos deben de respetarse aún en contra de la voluntad de las mayorías.

Sería una labor titánica, en este modesto ensayo, dar cuenta de la totalidad de los casos y criterios asumidos por el Tribunal Electoral a favor de los Derechos Fundamentales⁴⁵.

Empero, ello no es impedimento para concluir, siguiendo a Dworkin, que el Tribunal Electoral, al tomarse los derechos en serio, también se toma con seriedad el derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón práctica", en *Doxa*, 5, 1988.

CÁCERES NIETO, Enrique. *Constructivismo Jurídico y Meta teoría del Derecho*, México, UNAM, 2007.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 4ta reimpresión, 1999.

⁴⁵ Entre otros criterios donde el Tribunal Electoral maximiza los Derechos Fundamentales, de manera enunciativa, mas no limitativa, podemos referir los siguientes: a) Tesis Relevante XV/2007, de rubro: "SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD"; b) Tesis Relevante XXX/2007, cuyo rubro es: "SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES. CONCLUYE CUANDO SE SUSTITUYE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD QUE LA PRODUJO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y SIMILARES)"; y c) Jurisprudencia 20/2010, cuyo rubro es: "DERECHO POLÍTICO ELECTORAL A SER VOTADO. INCLUYE EL DERECHO A OCUPAR Y DESEMPEÑAR EL CARGO".

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986.

HART. H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2a ed., Traducción de Genaro Carrió, México, UNAM.

HART. H.L.A., “*El nuevo desafío al positivismo jurídico*”, traducción de F. LAPORTA, L. HIERRO Y J. R. PÁRAMO, en *Sistema*, número 36, mayo de 1980.

WEBGRAFÍA

[http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nSentencias/nSuperior/n2000/jrc/sup-jrc-0487-2000.htm?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nSentencias/nSuperior/n2000/jrc/sup-jrc-0487-2000.htm?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

<http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nJurisprudenciayTesis/nVigentes-TercerayCuartaEpoca/ntesisvigentes/n2001/T-X-2001.htm>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2006/CDElectoral/pdf/J175.pdf>

<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2007/JRC/SUP-JRC-00604-2007.htm>

<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2008/JRC/SUP-JRC-00165-2008.htm>

<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2003/REC/SUP-REC-00034-2003.htm>

<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2003/REC/SUP-REC-00009-2003.htm>

<http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=564&tpoBusqueda=S&sWord=Derechos,Pol%C3%ADtico-Electorales>

<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2007/JDC/SUP-JDC-00695-2007.htm>

[http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=1351&tpoBusqueda=S&sWord=DERECHO,A,SER,VOTADO.,NO,DEBE,VULNERARSE,POR,OCU PAR,UN,CARGO,DE,ELECCI%C3%93N,POPULAR,\(LEGISLACI%C3%93N,DE,BAJA,CALIFORN](http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=1351&tpoBusqueda=S&sWord=DERECHO,A,SER,VOTADO.,NO,DEBE,VULNERARSE,POR,OCU PAR,UN,CARGO,DE,ELECCI%C3%93N,POPULAR,(LEGISLACI%C3%93N,DE,BAJA,CALIFORN)

HERMENÉUTICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Juan Pablo Sterling Casas
Universidad Pontificia Bolivariana Bucaramanga

INTRODUCCIÓN

Toda Filosofía del Derecho debe responder a tres preguntas esenciales, la primera de corte ontológico: ¿Qué es del Derecho? Es decir el origen y la naturaleza del mismo –*el ser*–; en este caso sumado al objeto que persigue. La segunda de corte epistemológico: ¿Cómo se conoce el objeto del Derecho? Y las posibilidades de conocerlo realmente. Y finalmente una pregunta de corte metodológico: ¿Cómo funciona el Derecho? Es decir, una valoración de la eficacia. Ante este escenario son varios los paradigmas jurídicos que tratan de dar respuesta a los interrogantes mencionados; desde posiciones que sitúan la idea de justicia como hilo conductor y fin del Derecho (Realismo Jurídico Clásico o Iusnaturalismo), hasta aquellas que excluyen la posibilidad de una idea de justicia absoluta y limitan el Derecho a un fenómeno normativo, formalista y eminentemente sancionador (Teoría Pura del Derecho), se encuentran diversas posiciones que, con más o menor cercanía a las dos mencionadas, tratan de dar cuenta de la problemática que representa el Derecho. Una de estas escuelas se abordará a continuación.

La discusión sobre si el Derecho debe adecuarse a la idea de “lo justo”, “lo legal” o “lo bueno” –útil– ha sido una característica propia de la época de posguerra. Esta relación “trilemática” de tensión ha posibilitado la aparición de una corriente en la cual la hermenéutica

y la argumentación jurídica han podido construir bases sólidas: el Neoconstitucionalismo.

El Neoconstitucionalismo surge entonces como un paradigma que pretende la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, superando así la vetusta figura del Estado de Derecho, esto supone la superación del modelo francés, instaurado desde la Revolución, a partir de unos puntos esenciales como por ejemplo: el concepto de Constitución cómo norma y límite a la actuación estatal, la garantía y mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, la eficacia directa de la Constitución, la existencia de principios, un marcado activismo judicial a través de una interpretación extensiva y sistemática del ordenamiento jurídico y la elaboración de políticas públicas por parte del juez. Debe señalarse que este paradigma, que presenta en sus orígenes una marcada impronta anti-positivista, con el paso del tiempo se ha vuelto ambiguo, Pozzolo (*cf.* 2010, p. 209 y ss.) indica que este proceso de indeterminación se debe a la extensa difusión dentro de los debates políticos, académicos y filosóficos en los cuales el término Neoconstitucionalismo está presente. Sumado a lo anterior, hoy en día se evidencia una apropiación mucho mayor por parte del ciudadano de los postulados constitucionales, además los debates sostenidos en los Tribunales son de especial y masivo interés para la comunidad; quizás esto sirva para explicar también el auge antes mencionado de este modelo pues no es desconocido que el desarrollo del Neoconstitucionalismo es conocido y analizado especialmente en países como España e Italia, cuyos procesos constitucionales tienen características comunes y por su afinidad con Latinoamérica también es estudiado y complementado por autores locales, lo cual demuestra su amplia vigencia en nuestro medio (*cf.* Carbonell, 2010, p. 161).

1. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y PRÁCTICA JUDICIAL

1.2 La idea de “problema jurídico” como problema de lenguaje

Para destacar la existencia de la discrecionalidad partamos de que no existen “problemas jurídicos”, existen entonces problemas de

lenguaje que la generan. La discrecionalidad es un problema derivado de la indeterminación del lenguaje en el Derecho. Los problemas jurídicos no son nada distinto a malos entendidos de lenguaje. Esta será una idea, centrada en la teoría de *Ludwig Wittgenstein*, que manejaré a lo largo del texto y con la que iniciaré la reflexión. El Derecho es un asunto básicamente de lenguaje, de ahí que existen elementos de la filosofía analítica¹ que son útiles para entender mejor esta situación. La función del juez es, a través del lenguaje, desenredar los problemas que en apariencia son jurídicos, pero que en realidad no es nada distinto a un error en la comunicación.

Ludwig Wittgenstein plantea una idea de pretensión de corrección de la filosofía a través del lenguaje. La importancia de su pensamiento radica en que propone una revelación de verdades a partir de una especie de escepticismo que conlleva a un análisis global y sistemático de las situaciones de la vida a través del estudio del lenguaje, al respecto el mismo Wittgenstein afirma (1987, p. 49): “*Hasta ahora los filósofos nos han dicho sólo insensateces, lo que pasa es que no se daban cuenta que usaban la misma palabra en sentidos totalmente diversos*”. Wittgenstein presenta una filosofía *vía* lenguaje entonces. De esta manera el estudio del lenguaje no es un sustituto sino un método para llegar al conocimiento de la realidad (cf. Wittgenstein, 1979, p. 49). Así pues, la filosofía tiene una labor fundamental: la clarificación del pensamiento a través del lenguaje. Y esto no es ajeno al mundo del Derecho, entendido éste también como un ejercicio de lenguaje. Pero se debe decir que la relación lenguaje-derecho, lejos de ser pacífica presenta una serie de dificultades que hacen fértil la introducción del pensamiento de *Wittgenstein* para poder entenderlas (cf. Sterling, 2010, pp. 212 y ss)

Debe entenderse entonces que el Derecho es un fenómeno del lenguaje desde esta perspectiva. Todas nuestras acciones en el

¹ La filosofía analítica se compone del análisis de los postulados de la filosofía del lenguaje. Es resultado de los que muchos denominan “giro lingüístico” que tiene un auge en la primera parte del siglo XX (especialmente con la obra de *Ludwig Wittgenstein*). Sostiene, básicamente, que los “problemas filosóficos” son en esencia confusiones conceptuales que se generan a partir del mal uso del lenguaje ordinario; de ahí que la principal función de la filosofía (analítica) es la de una clarificación del sentido de los enunciados cuando se aplican a áreas como la ciencia, la metafísica, la política, la ética, etc.

mundo jurídico están limitadas por el lenguaje, la interpretación y la argumentación son tan sólo un ejemplo de la importancia capital de esta idea. En este sentido, muchos han tratado de comprender al Derecho como una especie de literatura bajo la premisa de unidad de texto y diversidad de significados (*cf.* Kristan, 2009, p. 13 y ss.). Lo anterior significa que si bien es cierto cuando un lector se enfrenta a un enunciado, en este caso jurídico, se habla de un solo objeto (es el mismo enunciado para cualquier lector) pero las lecturas o interpretaciones del mismo pueden variar. Así las cosas, el artículo 22 de la Constitución Política Colombiana nos dice que “*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*”, pero, a pesar de que todo lector recibe el mismo enunciado, las lecturas acerca de qué significa “*paz*” serán diversas. Entonces se verifica lo pretendido arriba: hablamos de un solo texto con varias lecturas posibles, es decir un problema de lenguaje, en el ejemplo dado cabría preguntarse ¿Qué se debe entender por “*paz*”? Tenemos entonces que lo que comúnmente llamamos “problema jurídico” es un mal entendido del lenguaje, y se debe acudir a éste para solucionar la confusión, es entonces el juez el llamado a clarificar el lenguaje a partir de un proceso de interpretación y argumentación pues a parecer toda norma es potencialmente vaga desde el punto de vista lingüístico.

1.2 La filosofía moral y política en la práctica judicial

Para empezar es necesario hablar del papel del juez en la actual configuración del Estado Constitucional de Derecho. Es muy conocido en el mundo académico-jurídico el párrafo introductorio del primer capítulo de la obra del norteamericano *Ronald Dworkin* “El imperio de la justicia” cuando sostiene que:

“La diferencia entre dignidad y ruina puede revertir un argumento que pudo no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o parlamento.” (Dworkin, 1992, p. 15)

Esta afirmación no es nada distinto al señalamiento de la importancia actual del juez en el Estado pues es él quien concreta o realiza

efectivamente el Derecho. El ciudadano tiene su idea de “Derecho” relacionada estrechamente con la imagen y función del juez, los juzgados o tribunales, los litigios, en general: la práctica judicial. La realidad que modifica el Derecho viene en forma de decisión judicial. De esta manera el Derecho es práctica judicial, o por lo menos eso es lo que comúnmente se aprecia y espera de él. Pero sumado a la importancia del juez en la sociedad actual, se debe identificar un elemento de gran importancia: no en pocas ocasiones los jueces se ven enfrentados a problemas que no son “jurídicos” en esencia, sino que se trata de asuntos de carácter filosófico pues su contenido conceptual de moral y política es elevado. El problema entonces supone dos preguntas: ¿Es real y aceptable dicho enfrentamiento a situaciones filosóficas aparentemente “no jurídicas”? Y ¿Cómo lo resuelve el juez?

Respecto del primer interrogante la respuesta es sí. Es decir, en la práctica judicial, los jueces se enfrentan a situaciones que en apariencia son problemas jurídicos, pero que en el fondo son de problemas de filosofía (y en últimas todos problemas de lenguaje, siguiendo a *Wittgenstein*). Ya sea desde situaciones tendientes a resolver dilemas morales, tensiones políticas o incluso la misma aplicación y estructuración lógica de una norma o sentencia judicial, se habla de una necesidad de conocimiento de filosofía pues ésta subyace en el fondo sin discusión alguna. El mismo *Dworkin* (2010, p. 8) nos dice:

“En su labor cotidiana, los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica. (...) Los asuntos filosóficos son particularmente relevantes en el Derecho constitucional y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la discriminación positiva, el suicidio asistido y la libertad de expresión.”

La rama judicial, como se ve, cada día se encuentra más expuesta a la responsabilidad de toma de decisiones sobre problemas clásicos de la filosofía: autonomía personal, por ejemplo cuando se trata de temas como el aborto o la eutanasia, es decir responder a la vieja pregunta: ¿hasta dónde puede el Estado intervenir en la voluntad individual de uno de sus asociados? O temas de filosofía política, como por ejemplo mecanismos para la inclusión de minorías y procedimientos para

garantizar una igualdad real a grupos históricamente discriminados a partir de las conocidas acciones de “discriminación inversa” [*affirmative actions*].

En el escenario colombiano tenemos numerosos ejemplos de lo anterior. Uno de ellos se puede encontrar en la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional. En esta ocasión el alto tribunal debía decidir si el consumo de sustancias estupefacientes en una “dosis mínima” y regulada por norma atentaba contra la autonomía personal y el Derecho a un libre desarrollo de la personalidad (consagrado en el artículo 16 constitucional). Se repite la pregunta que debe resolver el togado: ¿Hasta qué punto puede el Estado interferir en la voluntad y autonomía de una persona que desea consumir sustancias alucinógenas? Lo que suponen sin duda una reflexión sobre la moral y los conceptos de “bien” y “mal” para así poder determinar el deber de una persona consigo misma y con la sociedad. Es inevitable, en primera medida, no pensar en Emmanuel Kant, y así lo hizo la Corte:

“Emmanuel Kant advierte en torno a la finalidad del ser humano, que el libre albedrío no puede tener su esencia sino en la realización de los fines racionales del hombre. La finalidad de que habla el filósofo alemán es la finalidad de la naturaleza; dicha finalidad no es otra que el mismo hombre, ya que éste es “el único ser sobre la tierra que posee un entendimiento y, por tanto, una facultad de proponerse unos fines, por eso merece ciertamente el título de señor de la naturaleza, y si se considera a la naturaleza como a un sistema teleológico, es según su destino, el fin último de la naturaleza; pero es solamente de una manera condicional, es decir, a condición de que sepa y de que tenga la voluntad de establecer entre ella y él una relación final tal, que ésta sea independiente de la naturaleza y, bastándose a sí misma, pueda ser por consiguiente fin último.” (Kant, 1965, p. 23 y ss.)

Como se puede apreciar, los debates que involucran la valoración de posiciones políticas y morales son cuestiones innegables de la práctica judicial. Cada día los juicios en los que el futuro económico, social y político de una nación están en manos de los tribunales van en aumento y esto, sin duda, capta la atención del ciudadano que está

atento a observar cómo los jueces toman un papel protagónico en la construcción de una sociedad dinámica ya no cómo simples aplicadores de normas, sino también como garantes de ciertos valores éticos y sociales.

2. LA HERMENÉUTICA COMO LÍMITE A LA DECISIÓN JUDICIAL

Los problemas filosóficos a los que comúnmente se ven enfrentados los jueces comportan dos grandes escenarios: hermenéutica y argumentación jurídica. Bajo esta perspectiva es necesario, en primer lugar, realizar una reivindicación de una visión o posición optimista frente a la hermenéutica en el Derecho teniendo en cuenta los desafíos que supone un análisis del éste desde el Neoconstitucionalismo. En segundo lugar, la revitalización del concepto del Derecho como un ejercicio discursivo. Empecemos entonces con la formulación de una visión optimista de la hermenéutica.

2.1 Derecho y hermenéutica: unidad de texto, diversidad de lecturas

Andrej Kristan (*cf.* 2009, p. 13 y ss.) en un artículo llamado “Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto, diversidad de lecturas” plantea un ejercicio de cambio de paradigma en la concepción del Derecho. El paradigma propuesto por el autor europeo consiste en asumir que el Derecho es un fenómeno que se caracteriza por presentar unidad de texto pero necesariamente diversidad de lecturas, es decir, si bien es cierto los enunciados normativos son iguales para todos los lectores, de éstos pueden desprenderse varias lecturas o interpretaciones con la particularidad de que todas ellas pueden ser válidas. El sustento de esto se encuentra en los postulados de la escuela psicológica de la *Gestalt*² que indica que la mente humana pre-configura aquello que

² *Gestalt* (palabra alemana que quiere decir conjunto, configuración, totalidad o forma) es una escuela de psicología que interpreta los fenómenos como unidades organizadas, estructuradas, más que como agregados de distintos datos sensoriales, se podría decir que su idean central es que el todo es

desea ver cuando tiene varias opciones validas al tiempo (un ejemplo de esto son las famosas ilusiones ópticas, una de ellas, “*El Jarrón de Rubin*”, muestra en una misma imagen una silueta en la que se distinguen en su parte sombreada un cáliz o copa, pero en su parte clara dos rostros que se miran frente a frente). En este orden de ideas, la mente no puede observar las dos imágenes al mismo tiempo, pues se optará por una y no por la otra; *Kristan* invita al lector a hacer el ejercicio para comprobarlo (ver figura 1).

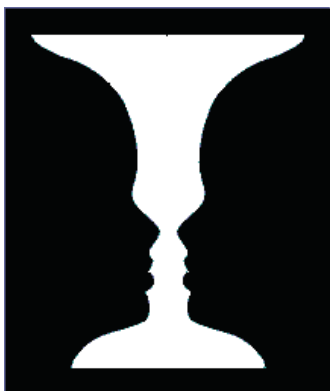


Figura 1 “El Jarrón de Rubin”

Teniendo en cuenta esta posición, podemos aplicar dicho fenómeno al mundo jurídico. En este caso no hablamos de una imagen sino de un texto, el cual es el mismo para todos los lectores en cuanto a su estructura gramatical (así como la imagen es la misma para todos los receptores), pero a pesar de ello, las interpretaciones serán distintas aunque igualmente viables (así como es viable poder

más que la suma de las partes. Uno de los principios fundamentales de la Gestalt es la llamada ley de la Prägnanz (Pregnancia), es decir, la tendencia de la experiencia que se genera en la percepción a adoptar las formas más simples posibles. Las partes de una figura que tiene lo que podría llamarse “buena forma” o una forma familiar, indican una dirección o destino común y forman con claridad unidades autónomas en el conjunto. Esta ley permite entender la lectura de figuras que se mezclan formando aparentes confusiones, pero prevaleciendo sus propiedades de buena forma o destino común, se ven como desglosadas del conjunto.

apreciar en la imagen dos rostros que se enfrentan o una copa o cáliz). Usemos un enunciado de la Constitución Política de Colombia, su artículo 192 en el que se lee: “El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: “Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia”.

2.2 Las posiciones frente a la hermenéutica

Siguiendo lo anterior, podemos lanzar una segunda tesis: La hermenéutica es la llamada a determinar la pretensión de verdad de las ciencias sociales, es decir, ante los problemas de comprensión en dichas ciencias (y se puede incluir aquí al Derecho) la hermenéutica es aquella que permite establecer el método para poder llegar a una correcta comprensión de un determinado mensaje. Así como en las ciencias naturales existe un método científico guiado por la lógica formal y las leyes naturales, en las ciencias sociales existen procedimientos aportados por la hermenéutica para poder lograr la comprensión de fenómenos sociales, pues éstos se comprenden, los naturales se explican. En nuestro caso particular, lograr la comprensión de las normas jurídicas (que funcionan bajo la premisa “unidad de texto, diversidad de lecturas”) la hermenéutica es la clave metodológica, la hermenéutica es la lógica de las ciencias sociales tal y como lo plantea *Habermas* (cf. 2009, p. 173).

2.3 Hermenéutica jurídica: la adopción de una posición optimista

La hermenéutica jurídica debe ubicarse en una visión optimista. Lo anterior significa que se debe confiar en los métodos y técnicas de interpretación jurídica para poder lograr la comprensión a la hora de analizar enunciados normativos. De esta manera se construye legitimidad en la decisión judicial.

La posición optimista implica abandonar la idea según la cual toda interpretación, salvo la gramatical, debe ser evitada en el campo jurídico. Ya ha quedado ampliamente demostrado que la dinámica social conlleva problemas del lenguaje y de valoración que no pueden

ser abordados y resueltos con una mera interpretación gramatical. El Neoconstitucionalismo es una muestra de ello, pues ante la consagración de principios redactados en términos particularmente vagos y la necesaria valoración que supone identificar el Derecho con unos estándares mínimos de justicia, la hermenéutica es una herramienta idónea para valorar y limitar la discrecionalidad judicial que esto conlleva.

3. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO LÍMITE A LA DECISIÓN JUDICIAL

Sumada a la hermenéutica, el ejercicio de la argumentación jurídica es básico para la legitimación de la decisión judicial. La explicitación de manera racional a través de una estructura argumentativa sólida es la culminación del proceso de legitimación. La necesidad de justificación de la decisión judicial es un valor fundamental en un mundo jurídico complejo que permite el análisis de la comunidad, no sólo jurídica, sino también académica y del ciudadano común, de las razones que los jueces usan para proferir sus sentencias. Es una condición entonces de validez y aceptabilidad del discurso jurídico una argumentación jurídica rigurosa.

3.1 Justificación y auge de la argumentación jurídica

El auge de lo que se conoce con el nombre de Teoría de la Argumentación Jurídica generalmente se ha explicado desde diversas situaciones históricas, políticas, ideológicas y jurídicas. Podría decirse, *grosso modo*, que el auge mencionado surge en la época de posguerra, al mismo tiempo que el Neoconstitucionalismo, y como resultado de una fuerte crisis del paradigma jurídico positivista así como de la necesidad de replantear el papel del Derecho en torno a la idea de justicia, el respeto por la dignidad humana y sus desarrollos conceptuales conexos. No es raro a la hora de los debates sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica, sobre todo en su enseñanza, acudir a los Juicios de Núremberg para ilustrar cómo hay un cambio paradigmático consistente en la superación de la idea de la separación tajante,

que se pretendía endilgar al positivismo, entre el Derecho y la moral. Lo anterior con una idea clara: La pretensión de construir una nueva forma de justificación de las decisiones judiciales ante un escenario complejo que supone el debate sobre valores que no pueden ser definidos y aplicados con la frialdad propia de un positivismo lógico. Las ideas de justicia, dignidad y libertad, por ejemplo, ya no pueden ser abordadas por simples operaciones lógico-formales, pues debido a su naturaleza convencional se tornan subjetivas, pero no por ello alejadas de la idea de un Derecho objetivo. Y es que con la Teoría de la Argumentación Jurídica como nueva forma de justificación de la decisión judicial se presenta de nuevo la vetusta polémica entre los paradigmas jurídicos positivista e iusnaturalista.

La posición positivista respecto de la idea de justicia y su inutilidad a la hora de definir el Derecho y aplicarlo es algo ya conocido. Por tal razón el modelo de justificación de la decisión judicial debía estar comprometido con la neutralidad valorativa que el modelo positivista exigía. De ahí que se acude a la lógica formal como elemento que permite la evaluación y corrección del razonamiento judicial, dicha aplicación de la lógica formal en el Derecho terminaría siendo conocida como la teoría del “silogismo judicial”.

Dicha teoría, supone que la decisión judicial es un mero ejercicio lógico formal reducido a un silogismo, es decir, un razonamiento deductivo y categórico en el cual partiendo de dos premisas conocidas se obtiene una conclusión desconocida. En otras palabras: un silogismo no me permite determinar verdades o falsedades, pues estas propiedades son sólo predicables de las proposiciones (juicios), esto indica que las proposiciones que integran el silogismo pueden ser falsas, pero aún dicho silogismo puede ser válido desde un punto de vista lógico-formal.

Las críticas a esta forma de pensar y aplicar el Derecho no se hicieron esperar. Ante los horrores de la segunda guerra mundial y la mirada perpleja de la comunidad internacional que observaba como la dignidad de millones de personas cedía y era vulnerada de la manera más espantosa ante un modelo “lógico” del Derecho que simplemente miraba sin mayor preocupación la barbarie y

se convertía en un legitimador del horror, surgían las voces que clamaban por el abandono de tan nefasta estructura lógico-jurídica. Se requería contenido en la aplicación del Derecho, esto es, se necesitaba recuperar las nociones de dignidad y justicia para evitar que sucesos como los ocurridos se presentasen de nuevo. Estaba entonces el positivismo y el silogismo en una crisis profunda, y todo producto de una deformación del positivismo original y de una amañada utilización de la lógica formal.

El “silogismo judicial” es presentado entonces como un maligno artefacto que permitió, entre otras cosas, la comisión de crímenes aberrantes de los cuales la humanidad no se olvidará. El papel de la lógica en el Derecho como elemento determinante en la justificación judicial debía replantearse y en lo posible alejarse de dicho modelo. Pesaba entonces sobre el positivismo y la lógica formal una mancha de vergüenza. Ya el Derecho no podía depender de tan devastadores modelos. Esto se puede evidenciar en las famosas palabras de Karl Larenz, citadas en la conocida obra del profesor alemán Robert Alexy *Teoría de la Argumentación Jurídica* (1989, p. 23): “Ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente.”

De esta manera, la Argumentación jurídica puede ser entendida de una mejor forma si se aprecia la tensión entre el paradigma positivista formalista y el modelo iusnaturalista clásico (*cf.* Sterling, 2013, p. 13 y ss.). Dicha tensión supone dos tipos de lógica en la justificación judicial: una de tipo formal y otra sustentada en la retórica ante la necesidad de abordar situaciones de orden moral o político, tema sin duda polémico, tal y como lo sostiene *Manuel Atienza* (1998, p. 33):

“Uno de esos temas polémicos ha sido el de la argumentación jurídica (o, si se quiere, el de la justificación de las decisiones jurídicas –en particular, las judiciales), con la discusión acerca del papel que la lógica y la moral han de jugar –o juegan de hecho– al respecto.”

3.2 El Derecho como ejercicio discursivo

Debe entenderse además, que este auge de la Argumentación Jurídica se debe en gran parte al reconocimiento de que el Derecho es un fenómeno discursivo, es decir, un ejercicio de enfrentamiento de discursos donde aquel que esté mejor sustentado prevalece. Toda la práctica judicial es discursiva, desde los alegatos de las partes hasta la justificación de la decisión por parte del juez, están envueltas en estructuras discursivas que deben ser valoradas respecto de su validez y aceptabilidad. Es un requisito del Estado Constitucional de Derecho la presencia de una Argumentación Jurídica sólida para garantizar derechos fundamentales y la racionalidad judicial. De esta manera la Argumentación Jurídica es un límite a la arbitrariedad por parte del Estado, particularmente de los jueces. *Atienza* (2004: p. 353) al respecto afirma: “La tesis de que existe una estrecha relación entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica no pasa de ser una obviedad, pero quizás no sea ya tan obvio precisar cómo hay que entender esa relación.”

De lo anterior se desprenden varias reflexiones. Una de ellas permite identificar que existe un lenguaje jurídico que no sólo se encuentra en las normas, sino que también que en muchas ocasiones está determinado por los jueces y su práctica judicial. Estamos hablando, ni más ni menos, de una definición del lenguaje jurídico por parte de un órgano jurisdiccional, y desde luego, las implicaciones sociales que esto trae pueden ser polémicas. La aceptación del Derecho como fenómeno discursivo y del lenguaje parece entonces no ser descabellada, al respecto Aulis Aarnio (2000, p. 12) dice:

“Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje”.

Atienza (cf. 2006, p: 15 y ss.) plantea que la práctica del Derecho es en sí misma un ejercicio del lenguaje y del empleo de discursos,

especialmente en los Estados Constitucionales. Esto en gran parte a la difusión amplia del modelo procesal anglosajón, que en Colombia ha tenido un auge especial debido a la entrada en vigencia de un modelo de oralidad en las actuaciones judiciales.

El Derecho como ejercicio discursivo, supone también aceptar la legitimidad del discurso de la autoridad judicial. Es decir, el juez no es sólo un agente que aplica normas y que justifica dicha aplicación en operaciones lógico-formales, es también un garante de valores constitucionales que se defienden con un discurso determinado y que orienta toda actuación del ciudadano y el mismo Estado hacia el bien común.

Un ejemplo de lo anterior son los denominados Test de Proporcionalidad usados por la Corte Constitucional como desarrollo de la Teoría de la Ponderación explicitada por Robert Alexy que la forma en que se aplican los principios de carácter jurídicos, también conocidos como mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1997, pp. 86-87). De esta manera la Argumentación Jurídica a través de un discurso racional permite justificar, en este caso, qué decisión es más adecuada ante un choque de principios. La ponderación es una forma de aplicar un procedimiento discursivo ante unas circunstancias especiales que no pueden ser resueltas con un silogismo tradicional.

3.3 La aceptabilidad del discurso: Importancia de la Retórica

Un elemento importante a tener en cuenta, además de la validez de los razonamientos en la argumentación, es la aceptabilidad del discurso. Lo anterior porque no es suficiente para un juez la justificación lógico formal del argumento o razonamiento, esto es, la inferencia lógica que permiten deducir la conclusión de las premisas; se requiere además que la decisión judicial, en tanto discurso, sea aceptada por un auditorio, en este caso por no sólo por la comunidad académica y jurídica, sino por la sociedad en general. La aceptabilidad de una tesis o argumento

jurídico depende de su justificación, es decir del punto de vista desde el cual un juez expone su motivación (cf. Feteris, 2007, pp. 15 y ss.) y éste a su vez es valorado por un auditorio que determinará si el discurso, más allá de su validez, es aceptable pues responde a intereses de justicia y bienestar social. Este análisis no es formal (no se centra en la validez lógica), sino que es un análisis no formal en la medida que circunstancias de orden moral y político así como las coyunturas propias de cada tiempo y lugar implican valoraciones extra-formales. Como claramente expone Soeteman (cf. 1989, p. 18), la validez no formal no sólo es dependiente de la aceptabilidad de las premisas implícitas, sino también de su validez formal. Y añade que todo argumento está abierto a un análisis formal, del mismo modo que puede ser sometido también a un análisis no formal, discutiendo la aceptabilidad de sus premisas, por todo lo cual “lógica formal y lógica no formal se complementan y se necesitan mutuamente, no son competidoras” (Ibíd., p. 20). En otras palabras: de nada sirve una coherencia lógica si el discurso no satisface las necesidades de la comunidad que rechaza la decisión por más “lógica” que ésta sea.

La Retórica entonces, en esta revitalización que se inicia con la obra de Perelman, no puede ser descuidada en una Teoría de la Argumentación Jurídica, pues de su uso y buen cuidado depende la aceptabilidad del discurso por parte de un auditorio, tarea no menos importante que una justificación lógica, pues en últimas los tribunales constitucionales le hablan a diversos tipos de auditorios, ya sean especializados o no especializados, los cuales serán receptores de un discurso determinado y lo legitimarán de acuerdo a factores que escapan a la simple validez lógica de un razonamiento o motivación puramente jurídica (emociones, historia, política, economía, ideología, etc.). La idea de Justicia, por ejemplo, es un escenario en el cual la lógica, en tanto formal, muchas veces resulta insuficiente para persuadir a un auditorio que posee distintas nociones de ésta, debe acudir entonces a la Retórica para la consolidación de un discurso coherente y persuasivo, pues la argumentación, y de eso se percató Perelman quien avizó que “No se trata sólo del derecho sino también de la noción de Justicia las que se está en juego.” (Marafioti, 2010, p. 150)

4. LA RAZÓN PRÁCTICA COMO LÍMITE VERIFICABLE DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Para finalizar es necesario cerrar con esta idea: la práctica del derecho como ejercicio discursivo, apoyado en la hermenéutica y la argumentación, es en últimas lo que determina su legitimidad. Esto conduce a la idea según la cual, se requiere de una practicidad que se deriva de la razón proveniente de un ejercicio hermenéutico y discursivo riguroso, a esto me refiero con razón práctica, es decir, una práctica discursiva que resuelva de manera racional y con un discurso aceptable los denominados problemas jurídicos.

La Teoría de la argumentación jurídica es una teoría que se evalúa y legítima en la práctica, con esto se quiere indicar que, lejos de ser una teoría explicativa e ilustrativa solamente, ella se encarga de resolver problemas reales y prácticos (los generados por la indeterminación del lenguaje jurídico o los “choques” de principios). Al respecto *Alexy* (2002, p. 21) manifiesta:

“El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. En un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y ala dogmática.”

Alexy, además de ser uno de los más importantes representantes de la teoría de la argumentación jurídica, es reconocido también por su aporte en la teoría de los derechos fundamentales. Ha sabido aplicar en las dos teorías elementos comunes. El punto de encuentro entre estos dos temas: derechos fundamentales y argumentación jurídica lo ubicamos dentro del concepto del discurso racional y razón práctica. Por medio de este discurso racional, se busca rehabilitar la razón práctica reforzando así el enfoque discursivo del Derecho. Es decir, mediante esa rehabilitación de la razón práctica se pretende estructurar un discurso racional que obedece a ciertas reglas, para luego avanzar a una teoría

normativa del discurso racional que permita justificar decisiones en casos difíciles. Dice de nuevo Alexy (1995, p. 52):

“El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional.”

La razón práctica de entenderse como una capacidad propia de los sujetos morales, es decir, de aquellos que han de desarrollar una existencia moral, de esta manera elementos como los valores, los sentimientos, la felicidad o la Justicia son ineludibles a la hora de dar cuenta de una moralidad que se concreta en la práctica judicial. Recordemos que el juez en el Estado Constitucional de Derecho es también un guardián de valores sociales, y su práctica debe estar orientada a justificar decisiones que modifican realidades; ante esta gran responsabilidad, la moral y la ética en su discurso (razón práctica) debe ser un elemento que permita evaluar si dichas decisiones son legítimas. La legitimidad democrática sólo se puede construir sobre la base del debate serio y ético, así las cosas la hermenéutica y la argumentación son las herramientas que permiten esta construcción y acercan al ciudadano, y lo reconcilian, con el derecho como un elemento que a través de un discurso racional decide lo justo aquí y ahora sin generar posiciones absolutas, un Derecho así es un ejemplo de dinamismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, A. (2000). *Derecho, racionalidad y comunicación social: Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México DF: Fontamara.

ALEXY, R. (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALEXY, R. (1995). *Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ALEXY, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ALEXY, R. (2002). *Derecho y Razón Práctica*. México DF: Fontamara.
- ATIENZA, M. (1998). “A propósito de la Argumentación Jurídica”, pp. 33-50. En: *Revista Doxa*, N° 21 II, Alicante, España.
- ATIENZA, M. (2004). “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional”, pp. 352-369. En: *Anales de jurisprudencia*, México DF, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- ATIENZA, M. (2006). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel.
- BERNAL, C. (2003). “Estructura y límites de la Ponderación” pp. 225-238. En: *Revista Doxa*, N° 26. Alicante, España.
- CARBONELL, Miguel (2010). “El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, p. 159-173. En: Carbonell, M. y Jaramillo L. (eds.). *El Canon Neococntitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994) Sentencia C-221.
- Colombia. Corte Constitucional. (2006) Sentencia C-355.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011) Sentencia C-470.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011) Sentencia C-577.
- DWORKIN, R. (1992). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, R. (2010). “¿Deben nuestros ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” p. 7-31, traducción de: Leonardo García Jaramillo. En: *Revista ISONOMÍA*, n° 32, abril, México: ITAM.
- FETERIS, E. (2007). *Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las Teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Traducción de Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GRONDIN, J. (2002). *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*. Barcelona: Herder.
- GRONDIN, J (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.
- HABERMAS, J. (2009), *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos.
- KANT, E. (1965). *Críticadel juicio*. México: Editora Nacional.
- KRISTAN, A. (2009). “Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas”. p. 13 y ss., traducción de: Juan Pablo Sterling Casas. En: *Revista DIXI*, Edición n° 12, Abril, Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Bucaramanga.
- MARAFIOTI, R. (2010). “Chaïm Perelman, la argumentación jurídica y la nueva retórica”. En: *Teoría de la Argumentación: a 50 años de Perelman y Toulmin*. Buenos Aires: Biblos.
- NIETZSCHE, F. (1987). *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.

- NIETZSCHE, F. (2007). *Fragmentos Póstumos (1869-1874)*. Vol. I, Madrid: Tecnos.
- POZZOLO, S. (2010). “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, p. 209-229. En: Carbonell, M. y Jaramillo L. (eds.). *El Canon Neocconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SOETEMAN, A. (1989). *Logic and Law*. Dordrecht, Kluwer.
- STERLING, J. (2010). “Wittgenstein and the Law: toward a claim for correction of language”, p: 207-231. En: *Revista Ambiente Jurídico*, nº 12, noviembre. Manizales (Caldas): Universidad de Manizales.
- STERLING, J. (2013). *Legitimidad, validez y eficacia en la argumentación jurídica: reflexiones desde los paradigmas jurídicos*, Saarbrücken, Editorial Académica Española/AV Akademikeverlag GmbH & Co. KG
- WITTGENSTEIN, L. (1979). *Cartas a Russell, Keynes, y Moore*. Madrid: Taurus.
- WITTGENSTEIN, L. (1992). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid: Alianza.

EL LIBERALISMO IGUALITARIO DE RAWLS Y LA POSICIÓN DE DWORKIN

Alejandro Robledo Rodríguez
Universidad de la Serena Chile

La presente investigación intenta mostrar la contribución distintiva de John Rawls¹ a la tradición liberal y democrática, destacándose en primer término, el desarrollo doctrinal del autor desde su obra *A Theory of Justice*, (1971) para luego, dar pie a un análisis desde su texto *Political Liberalism* (1993)².

En tal sentido, se examinarán críticamente los cambios introducidos por el autor en *A Theory of Justice* desde *Political Liberalism*³ y las consecuencias que ello configuran, en el seno de la justicia como

¹ Profesor de filosofía política en la Universidad de Harvard. Nacido en Baltimore, Estados Unidos, 21 de febrero de 1921 – Lexington Massachussets, Estados Unidos, 24 de Noviembre de 2002.

² Sobre esta particular forma de efectuar una lectura de la tesis rawlsiana, estoy en deuda con el Dr. Julio Montero (Teacher Assistant in London College), por sus comentarios, guías específicas, y por el sincero apoyo brindado durante el desarrollo de este sencillo trabajo.

³ La metodología implementada (Por M Rodilla, J. Montero, B. Celano, J. Moreso, R. Gargarella, C. Cárcova, entre otros) sugiere que, para evitar equívocos, las citas de las obras del autor, se sigan por su nombre en inglés, con preferencia de las traducciones al español, pues como ocurre en el caso de “A theory of justice”, la traducción castellana “Teoría de la justicia” indicaría que se trata de “LA” teoría de la justicia y no de una de “LAS” teorías existentes al efecto, como señala el propio Rawls, razón por la cual en el prólogo de “Political Liberalism” impetra tal recomendación.

equidad, centro nuclear de la propuesta del liberalismo igualitario planteado por el filósofo norteamericano.

Tales cambios, no han afectado tanto al corazón de su teoría –la llamada “justicia como imparcialidad”– como a la presentación de la misma, y a la metodología recomendada para llegar a afirmarla.

En lo que sigue, resumiré los datos propios demostrados según la visión originaria acerca de una teoría de la justicia y los contenidos conceptuales básicos que son en ella desarrollados, en especial, los argumentos que sostienen a la justicia como equidad, como una alternativa viable al utilitarismo, y a otras doctrinas comprensivas razonables existentes en la filosofía política contemporánea.

Para ello será menester, analizar –en primer lugar– los aspectos más relevantes de la tesis del liberalismo igualitario, así como las motivaciones que fueron tenidas en vista por el autor, de cara a la elaboración de una teoría de la justicia, al tiempo que se verifica un sondeo general sobre el utilitarismo y el intuicionismo, en cuanto elaboraciones que encauzan el análisis propuesto.

Posteriormente, analizaré, en perspectiva de continuidad, los contenidos esenciales de la propuesta rawlsiana, sistematizados de acuerdo a la metodología escogida para la presente investigación.

Finalmente, esbozaré –brevemente– las principales críticas que pueden ser formuladas a la obra de John Rawls, en tanto en cuanto, estas misas alusiones críticas permiten perfilar la obra del autor en comento, como una real alternativa constructiva de la justicia en las sociedades democráticas contemporáneas.

Con todo, antes de desarrollar dichas reformulaciones y agregaciones al concepto rawlsiano de justicia, se analizarán en perspectiva ciertas observaciones críticas que la dogmática iusfilosófica ha hecho respecto, tanto cuanto a la forma de análisis de *A Theory of Justice*, como al contenido concreto de los principios en ella desarrollados.

1. EL PROYECTO DE JOHN RAWLS

En el presente capítulo, se expondrán las motivaciones que dan origen al desarrollo del proyecto de igualdad liberal, descrito por

John Rawls, frente a los parámetros y preceptos propuestos tanto por el utilitarismo, como por el intuicionismo, haciendo una breve pero significativa alusión, al marco conceptual en que la tesis del filósofo norteamericano se vertebra.

Posteriormente, se analizarán los aspectos más relevantes de cada una de estas reflexiones, para dejar el camino abierto hacia la construcción de una teoría de la justicia, en el entendimiento del autor a que nos atendemos.

Lo importante aquí es, “subrayar que una teoría de la justicia es precisamente eso, una teoría. Es una teoría de los sentimientos morales (recordando el título del siglo XVIII) que establece los principios que gobiernan nuestros poderes morales o, más específicamente, nuestro sentido de la justicia. Existe una clase de hechos definida, aunque limitada, contra la cual pueden contrastarse los principios conjeturados, a saber, nuestros juicios meditados en un equilibrio reflexivo”⁴.

Esta aseveración, manifestada por el filósofo norteamericano, no es total ni abarcativa de todos los aspectos de la teoría, pues más adelante le definirá como una parte, y talvez la más importante de la teoría de la opción racional, como ocurre en *Political Liberalism*. Con todo, son opciones que quedan reducidas, una vez efectuamos una lectura desde el Constructivismo Kantiano (Kantian Constructivism), texto en que queda clara la real connotación que sirve de común denominador de una teoría de la justicia.

En este sentido, Carlos Peña anota que, “una lectura ligera –que confundió inicialmente a sus críticos– muestra, en efecto, un conjunto de cinco alternativas *prima facie* inconsistentes entre sí, a saber:

Alternativa a. Una teoría de la justicia sería una generalización, al ámbito de las instituciones, de la teoría de la elección racional:

Una concepción de la justicia es más razonable o justificable de que otra, si personas razonables puestas en la posición inicial escogieron sus principios en lugar de la segunda, para desempeñar el papel de la justicia (...) Así entendida, la cuestión de la justificación se resuelve

⁴ RAWLS, J. *Una teoría de la justicia*. Fondo de cultura económica. México. Ciudad de México, D.F. 1979. p. 59.

elaborando un problema de deliberación: Tenemos que averiguar que principios serían racional adoptar dada la situación contractual. Esto conecta la Teoría de la justicia con la teoría de la elección racional.

Alternativa b. Correspondería a una interpretación estrictamente kantiana del contractualismo. Sugiero que concibamos la posición original como el punto de vista a través de cual seres noumenales contemplan el mundo.

Alternativa c. Equivaldría a una teoría de nuestros sentimientos morales.

Subrayar que una teoría de la justicia es precisamente eso, una teoría. Es una teoría de los sentimientos morales (recordando el título del siglo XVIII) que establece los principios que gobiernan nuestros poderes morales o, más específicamente, nuestro sentido de la justicia.

Alternativa d. Sería una tarea intelectual que, *mutatis mutandi*, equivaldría al análisis lingüístico a la Chomsky:

(...) Resulta útil una comparación con el problema de describir el sentido gramatical que tenemos respecto a nuestra lengua materna. En este caso el objetivo es caracterizar la capacidad para reconocer oraciones bien formadas mediante la formulación de principios claramente expresados que lleven a cabo las mismas discriminaciones que el orador. Esta es empresa difícil que, aunque inconclusa, se sabe que exige construcciones teóricas que exceden en mucho a los preceptos *ad hoc* de nuestro conocimiento gramatical explícito. Es de suponer que una situación semejante se da en la filosofía moral.

Alternativa e. En fin, Teoría de la Justicia, con resonancias de una vieja tradición filosófica –que se encuentra en Grocio o en Locke– sería la búsqueda de una geometría moral”.

Todas las alternativas propuestas aparecen como únicas, aunque válidamente, habría que preguntarse si es dable re-pensar la propuesta de Peña.

No obstante es el propio Peña, quien nos explica más adelante su propuesta del siguiente modo:

(...) Es claro que los argumentos constituidos a partir de tales premisas pueden ser completamente deductivos (...). Deberíamos

aspirara a una especie de geometría moral con todo el rigor que su nombre indica (...). Si cambiamos de lista, el argumento tendría que ser, por lo general, diferente. (...). Existe una multitud indefinida de variaciones de la situación original y, por lo tanto, también existe indudablemente una multitud indefinida de teoremas de la geometría moral.

Desde luego una lectura más atenta, muestra que esas cinco alternativas no son excluyentes entre sí⁵.

Más precisamente, lo que el profesor Peña⁶, sostiene, es que si bien en múltiples pasajes de la obra del Filósofo de Harvard, está referida a uno u otro aspecto, estos no son exclusivos, sino que comprenden una visión más amplia, alejada de pugnas dogmático-nucleares, que identifican a un autor con determinada corriente de pensamiento.

Ahora bien, como aparece de manifiesto en *A Theory of Justice*, “desde el punto de vista de la filosofía moral, la mejor explicación del sentido de la justicia de una persona, no es aquella que se adapte a los juicios formulados antes de examinar cualquier concepción de justicia, sino más bien aquella otra que corresponda a sus juicios tras un equilibrio reflexivo⁵”, estado que se alcanza después de haber sopesado varias concepciones propuestas, en un primer momento, y luego de haber revisado los juicios que el sujeto-agente del acto de justicia política, considera de acuerdo con una de ellas, o en el mismo tenor, cuando el propio sujeto –ante similares circunstancias– se ha mantenido fiel a sus convicciones iniciales.

En virtud de lo anterior, y para lograr este objetivo, tanto las definiciones como el análisis de los significados, ocupan un lugar meramente instrumental, en cuanto permiten establecer la estructura general de una teoría de la justicia.

⁵ Ibídem., p. 57.

⁶ Cfr. PEÑA GONZÁLEZ, C. “Rawls: Equilibrio reflexivo, constructivismo y razón pública. El problema de la realidad y la justificación el filosofía política”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo semestre de 2002. pp. 346-348.

Manifestación tales aseveraciones es la propia definición que el autor otorga al iniciar el análisis del liberalismo político, en el texto del mismo nombre⁷. Evidentemente, resulta imposible proceder al desarrollo de una teoría sustantiva de la justicia, fundada únicamente en verdades lógicas y en definiciones a priori; esta sería una base demasiado restringida. “En esencia, este punto de vista se remonta al procedimiento de Aristóteles en *Ética Nicomaquea*”⁸, como el propio Rawls revela.

Este aspecto resultará relevante cuando más adelante veamos el proceder de las críticas frente al pensamiento rawlsiano.

1.1 El liberalismo igualitario

Con anterioridad al trabajo desarrollado por John Rawls, el cual se inicia con la publicación de “Justice as Fairness” en 1958, desarrollada luego en extensión en *A Theory of Justice* (1971), es posible considerar a la justicia, bien desde la óptica tradicional que ofrece la visión aristotélica, bien la tomista, o más próximamente –y como se verá– desde la perspectiva utilitarista, esta última visión, se constituye en causa de una respuesta sustantiva por nuestro autor, y los filósofos políticos posteriores.

En consecuencia, resulta necesario enmarcar, el ámbito propio del trabajo desarrollado por el autor, y que dio lugar a lo que hoy conocemos por liberalismo igualitario, a fin de comprender el marco de época en que se desarrollan sus tesis.

Históricamente, desde la visión particular de la filosofía política, es dable recoger, antes de analizar lo sustantivo del liberalismo igualitario, algunas conceptualizaciones alusivas al concepto de justicia, –como antes señalábamos– que sirven de base para ilustrar el camino teórico que seguiremos a continuación.

⁷ RAWLS, J. *El liberalismo político*. Ed. Grijalbo Mondadori, S.A. Barcelona, España. 1996. p. 29.

⁸ Citado por RAWLS, J. (1979). p. 59. Cfr. ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. Ed. Gredos. Libro V. Cap. I.

En este sentido, insoslayable resulta referir a la obra de diversos filósofos en el desarrollo del pensamiento occidental, entre los cuales destacamos, como señeros los que a continuación se indican:

Aristóteles, para quien la Justicia consiste en “aquella cualidad moral que hace a los hombres hacer cosas justas y que es causa de que se hagan y se quieran hacer estas cosas”⁹. Siguiendo esta fórmula, Santo Tomás de Aquino, señalaba que la Justicia es “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho”¹⁰, distinguiéndose varias clases de la misma, así encontramos a la justicia general será aquella cuyo destinatario es el bien común y que tiene el carácter de justicia legal. En ella la ley es la que ordena al bien común.

Ahora bien, es general, además porque, nos manda a que ordenemos nuestro obrar conforme a las demás virtudes. Por ejemplo: al comerciante lo ordena la templanza, esto es modera los deseos de riqueza, de modo que si no se ordena a la templanza su actuar degenerará en Injusticia.

Por otro lado, la justicia particular, que tiene como destinatario a una persona o a una parte de ella. Esta justicia se clasifica además en:

- i. Distributiva¹¹
- ii. Conmutativa, que a su vez puede ser: Conmutativa propiamente tal, o Colectiva.

I. Justicia Particular Distributiva

Es aquella que detenta la autoridad o el Estado en nombre del bien común hacia los particulares, de acuerdo a las necesidades y requerimientos de cada uno. (Por ejemplo: otorgar un subsidio o dar un ascenso).

También el juez actúa en forma distributiva, ya que debe dar una sanción o declarar un derecho a un particular o una parte pero no es a todo el mundo (v.gr., Efecto relativo de las sentencias dictadas por un tribunal).

⁹ ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. Ed. Gredos. Libro V. Cap. I. p. 201. 1998.

¹⁰ AQUINO, Santo Tomas De. “Suma teológica”. I, I, q., 57. a. 3. 1991.

¹¹ Cfr. ARISTÓTELES. (1998). Cap. III. p. 209.

II. Justicia Particular Conmutativa

En este caso las partes se dan en un plano de igualdad. El destinatario es la parte.

- Justicia particular conmutativa Propiamente tal:
En este caso ambas partes se deben mutuamente la Justicia, ejemplo de los contratos, en los cuales hay obligaciones y derechos en forma correlativa para las partes. Esta igualdad aritmética, esto significa que se da lo comprendido en el pacto. Esta justicia es voluntaria porque nadie está obligado a suscribir el contrato.
- Colectiva:
Esta va destinada a una parte y la igualada es aritmética. Esta Justicia es involuntaria. La fuente es una acción antijurídica, de modo que quien comete la acción es le paga con la misma acción que ejecutó, lo que equivale a la *Ley del talión*.

Razones todas estas, de gran significación teórica, pero cuyos alcances efectivos para la construcción de las sociedades democráticas contemporáneas, no pueden acusarse recibo, al menos de cara a una fundamentación clara de una teoría de la justicia en sociedades democráticas dotadas de un orden constitucional.

Más actualmente, ha sido Bertrand Russel, quien a propósito del contenido conceptual de una acción de justicia, y de los elementos que la constituyen, argumentaba que, “una acción objetivamente justa, en cualesquiera circunstancias, es la que, si se toman en consideración todos los datos disponibles, nos proporciona la mayor expectativa de efectos buenos probables, o la menor expectativa de efectos malos probables”, [y por su parte] “la acción subjetivamente justa o moral es la que sería considerada objetivamente justa por el agente, si dedicara a la cuestión un grado apropiado de reflexión sincera; o en el caso de acciones que deben ser impulsivas, un grado mínimo de reflexión”¹². En suma, es dable apreciar, que la realidad de la justicia, para los efectos analizados por el Russel, contiene una doble faz, una

¹² RUSSEL, B. “Ensayos filosóficos”. “Los elementos de la Ética”. Editorial Altaya S.A. Barcelona, España. 1993. p. 48.

denotativa de los datos disponibles, y las circunstancias que rodean al evento de justicia, y otra de carácter alusiva al rol del agente involucrado en el acto de justicia entendida como valoración ética.

Con todo, y más allá de lo indiciario de este análisis cuántico, no es posible apreciar, cómo tal interpretación, permitiría una elaboración de un concepto de justicia aplicable –en *stricto sensu*– a la estructura social.

Tales concepciones, como anotamos antes, si bien prestan utilidad a la comprensión de la justicia, en tanto en cuanto, sientan las bases de cualquier análisis posterior, no resultan suficientes para explicar los particulares modos de relación que se dan a partir del surgimiento de la sociedad política, y las consecuencias que resultan de la aplicación de justicia¹² en el seno de una sociedad democrática¹³, como ya hemos afirmado.

Prestan, sin embargo, un marco que delimita el estudio y desarrollo de las doctrinas posteriores, los que por oposición o consecuencia, enriquecen y son vertebral del panorama hacia la elaboración sustancial de una teoría de la justicia.

Así las cosas, el camino histórico del liberalismo político, y más aún, un liberalismo de notas sustantivamente igualitarias como el descrito por John Rawls, antes que otorgar una definición del mismo¹⁴

¹³ En efecto, la definición aristotélica de justicia, si bien está en concordancia con la lógica propia del Filósofo y –como anotábamos– con la propia familiaridad del proyecto rawlsiano, no permite dar respuesta a las interrogantes que plantean hoy las estructuras democráticas, pues el contexto y las circunstancias, bien son diversos, bien, porque la lógica derivada de los fenómenos actuales tiene consecuencias no previsibles desde la óptica de las virtudes aristotélicas. Tampoco es dable afirmar, que baste señalar que la justicia es “*constant et perpetua voluntas suum quique tribuere*”, en el sentido que otorgaba Ulpiano, para denotar las notas peculiares de la justicia global y la democracia intercultural.

¹⁴ Véase SHAPIRO, I. “Elementos de la Justicia democrática”. Revista Doxa. N° 20. Buenos Aires Argentina. Año, 1997. p. 331. El autor elabora un análisis desde las denominaciones de John Dewey al libertarismo de Robert Nozick, y se refiere en lo fundamental, a las relaciones entre la justicia social y la democracia.

o proceder a una valoración del porqué es dable tal denominación, se configura sobre la base de una primera cuestión fundamental acerca de la justicia política en una sociedad democrática, desarrollada a partir del siguiente cuestionamiento: “¿Cuál es la concepción más adecuada de la justicia para establecer los términos equitativos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, y considerados como miembros plenamente cooperativos de la sociedad durante toda su vida, desde una generación hasta la siguiente?”¹⁵.

Esta primera cuestión, no puede entenderse como configuradora de un orden de razones justo, sin una segunda cuestión, a saber, la tolerancia entendida como un precepto ordenador de las relaciones que deben ser tenidas como primordiales por la estructura básica de la sociedad fundada en la inviolabilidad de los preceptos de justicia, aceptados por el concierto ciudadano, en conciencia de su propia libertad y responsabilidad.

En el decir del propio Rawls, de esta manera se vincula el objetivo de una teoría de la justicia como intrínsecamente vinculado a la esfera moral¹⁶. Dicho de otro modo, igualdad y tolerancia, son aspectos que dotan de estabilidad cualquier elección de un orden de justicia en el cuerpo social, político y moral.

Lo anterior, adquiere relevancia ante todo, el proceder a un análisis de una teoría de la justicia, que arranque de la esfera ética, implica siempre, hacer alusión a los fines que ella a de tener presentes, a objeto de no caer en confusiones ontológicas, que entorpezcan el sistema de interpretación que los preceptos de justicia requieren.

¹⁵ En el prólogo de la conferencia I, apertura del Texto “El liberalismo político”, John Rawls apunta que, “el liberalismo político, título de estas conferencias, suena familiar. Sin embargo, el significado que yo le atribuyo a esta noción es bastante diferente, creo, del que el lector estará inclinado a suponerle”. En RAWLS, J. (1996). p. 33.

¹⁶ En este aspecto Rawls no es precisamente claro, pues deja recaer el peso de la su teoría, en lo moral, distinguiéndole de la esfera prudencial. Lo cierto es que desde el punto de vista de la teoría moral, la prudencia es una virtud, la cual a diferencia de la justicia carece de la nota de alteridad, que es propia y denotativa de la virtud de la justicia.

En este orden de cosas, podemos decir, con John Rawls, que el liberalismo político, en cuanto a la construcción pública de una concepción política de la justicia tiene como objetivos¹⁷:

1. Buscar “una concepción política de la justicia en la esperanza de atraerse, en una sociedad regulada por ella, el apoyo de un consenso entrecruzado de doctrinas religiosas, filosóficas y morales”.
2. Conseguir “una concepción política de la justicia independiente”, pues debe tenerse claro, que el entendimiento que describe al liberalismo político, como una concepción política razonable que no ofrece ninguna doctrina metafísica o epistemológica específica, más allá de lo que implique la concepción política de la misma. Dicho de otro modo, en cuanto al ser independiente, no niega, por un lado que haya otros valores, que puedan resultar aplicados, –sea en el ámbito familiar o asociativo– ni por otro, que los valores [como la justicia] estén separados o sean discontinuos respecto de otros valores, como por ejemplo la solidaridad o la caridad.
3. Definir “el dominio de lo político y su concepción de la justicia de tal modo que sus instituciones puedan atraerse el apoyo de un consenso entrecruzado”¹⁸, dable entre ciudadanos considerados como personas libres e iguales. En este sentido, vale la pena recordar, con Cárcova, que “la idea de ciudadanos libres implica:
 - a. Que ellos se conciban recíprocamente como dotados para suscribir una concepción del bien y para modificarla sobre la base de argumentos razonables;
 - b. Que sean capaces de generar reclamos válidos; y
 - c. Que sean capaces de autorregularse en materia de pretensiones en atención a la solidaridad y la colaboración”²⁰.

Ahora bien, una concepción política de la justicia, –en el contexto que venimos aludiendo– comprende tres rasgos característicos, que pueden ser distinguidos atendiendo a los particulares modos de actuación, a saber: En cuanto al objeto de la concepción.

¹⁷ Emplease el término objetivo como símil de fines, atendido el particular modo de referir a una teoría de la justicia que emplea el autor. [N. del A].

¹⁸ RAWLS, J. (1996). pp. 40-41.

En este sentido y como aparece de manifiesto, se trata de “una concepción moral elaborada para las instituciones políticas, sociales y económicas [su objeto específico]”¹⁹.

Relacionándole con la justicia como imparcialidad, podemos decir que se aplica a la estructura básica de la sociedad²⁰, la que en sentido lato, se entiende constituida por un régimen democrático y constitucional, imperado por los principios de justicia. En tal sentido, y complementando la idea anterior, John Rawls afirma que, debe considerarse que “la estructura básica es la de una sociedad cerrada: esto es, que tenemos que contemplar a la sociedad como si estuviera autocontenida y no tuviera relaciones con otras sociedades”²¹, todo lo cual, sólo puede justificarse en tanto en cuanto, permite centrar nuestro análisis, en determinadas cuestiones capitales, (V.gr., los alcances de los principios de justicia que imperan en la estructura básica de la sociedad; el arribo a una consenso traslapado, que de pie a una construcción de la sociedad política, que sea conteste con la idea de una sociedad democrática, regida en su seno por la concepción de una justa igualdad de oportunidades, etc.), sin necesidad de distraernos en detalles.

El contenido concreto de estas afirmaciones será modificada como se verá, más adelante con los asertos establecidos en el texto publicado en 1991, intitulado “El liberalismo Político”, y en el que el autor manifiesta que esta concepción es algo impropia y que debe ser mejorada, precisamente porque no permite comprender cabalmente una concepción político-pública de la justicia en la sociedad democrática y abierta.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 41.

²⁰ “Por estructura básica entiendo las instituciones políticas, sociales y económicas principales de una sociedad, así como el modo en que casan unas con otras en un sistema unificado de cooperación social desde una generación hasta la siguiente”. Véanse RAWLS, John (1996) Conferencia I § 2 y conferencia VII “La estructura básica como objeto”. pp. 293 y ss.; RAWLS, John (1979). Parte Prímea § 2 “El objeto de la justicia”. pp. 20 y ss.

²¹ RAWLS, J. (1996). p. 42.

En cuanto a sus modos de presentación

En este punto, el autor refiere que, “una concepción política de la justicia se presenta como un punto de vista independiente”. Lo que implica que, si bien queremos que una concepción política pueda justificarse, en cuanto relacionada con una o más doctrinas comprensivas razonables, no puede presentarse como una doctrina aplicada a la estructura básica de la sociedad, ni derivada de esa doctrina particular, pues hacerlo de este modo, sería presentar a la estructura básica como un mero “ámbito de aplicación”, de una sociedad en que se elegirán los preceptos de justicia, lo cual no es así, principalmente, si tenemos a la vista su presentación independiente, esto es, que su configuración no corresponde, para decirlo con Hume, a una mera tabla rasa, en que se pueda experimentar con unos y otros principios, sino que, muy por el contrario, tiene una configuración propia, que en el orden lexical propuesto por el autor, adquiere una relevancia vital. Entenderle de otra forma, es negar el desarrollo sistemático y el cabal sentido de una teoría de la justicia y del liberalismo político planteado por el autor²².

En palabras del propio Rawls, la independencia de los modos de presentación “importa que habremos de distinguir entre el modo en que se presenta una concepción política de la justicia, y el hecho de que sea derivable de una doctrina comprensiva²³ en lo que respecta al contenido.

El tercer rasgo de una concepción política de la justicia, es que su contenido está expresado en los términos de ciertas ideas fundamentales, que se entienden implícitas en la cultura pública de una sociedad democrática. Esa cultura pública, abarca las instituciones políticas de un régimen constitucional, y las tradiciones públicas de su interpretación, (incluidas las tradiciones de la función judicial) así como los textos y documentos históricos, que son de conocimiento común.

Esto es así, pues las doctrinas comprensivas, –en el sentido en que se viene aludiendo– forman parte de lo que nuestro autor llama:

²² *Ibidem.*, p. 44.

²³ *Ibidem.*, p. 42.

El trasfondo cultural de la sociedad civil²⁴; lo cual llevado a la sociedad democrática, permite concluir que, existe una tradición que permite dar sustentación a tal tipo de pensamiento, y cuyos contenidos resultan inteligibles e incluso familiares, para el sentido común educado de la ciudadanía²⁵.

Así pues, la justicia como equidad, sale de las entrañas de una tradición política determinada, [en sentido implícito de una concepción de la justicia] y adopta como su idea fundamental, la de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación²⁶ [en sentido explícito].

Tal sentido de cooperación social, y el consenso que supone, se desarrollará conjuntamente con la idea de ciudadanos concebidos como personas libres e iguales²⁷, esto es, comprometidos con la cooperación y por tanto con una concepción política de la justicia y los principios que ello implica— y la idea de una sociedad bien ordenada, y regulada efectivamente por una concepción política de la justicia²⁸.

Pero, conviene preguntarnos: ¿Cómo es posible la existencia duradera de una sociedad justa (*fair*) y estable de ciudadanos libres e iguales que no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables?

La respuesta, dada desde *A theory of Justice*, se satisface en cuanto, “la estructura básica de dicha sociedad está efectivamente regulada por una concepción política de la justicia, que opera como el eje de un consenso sobrepuesto parcialmente (*overlapping consensus*), cuando

²⁴ RAWLS, John (n. 6). p. 43.

²⁵ Según Rawls, forman parte del sentido común educado: La idea de los ciudadanos como personas libres e iguales (§§ 3.3 y 5) y la idea de una sociedad bien ordenada (§ 6) en la forma y con los supuestos que veremos a continuación. Sin embargo existen otros dos elementos que no pertenecen a tal sentido, aunque si les son familiares, tales son: la posición original y la estructura básica.

²⁶ Más adelante, precisaremos el contenido y los caracteres de la cooperación en sentido rawlsiano y cuáles son las consecuencias de tal determinación conceptual.

²⁷ Cfr. RAWLS, J. (n. 6). § 6. p. 59-65.

²⁸ Cfr. *Ibidem.*, p. 44.

menos, entre las doctrinas comprensivas razonables que postulan los ciudadanos que la integra”²⁹.

Lo normal será pues, que esas concepciones comprensivas, filosóficas y morales, surjan a la vida pública, en el debate que se dé entre ciudadanos profundamente divididos por esas mismas concepciones, pero orientados por el concepto político de justicia cuyos principios, y valores pueden ser aceptados por todos los ciudadanos representativos de derechos, en un régimen democrático y constitucional.

Así pues, lo que en *A Theory of Justice* aparece bajo la denominación de pluralismo razonable, se convierte en un elemento que, no es un mero hecho histórico, que pueda perder significación con el paso del tiempo, más bien, aparece como un “rasgo permanente de la cultura política de la democracia, un hecho con el que debemos contar, y que se deriva de los límites naturales del conocimiento humano”³⁰. En definitiva, el argumento rawlsiano consiste en que “esta concepción tiene que ser, por decirlo así, política, no metafísica”³¹.

Por otro lado Gargarella, oficiando una lectura desde *Political liberalism*, Rawls hace referencia a tales “límites de la razón, a partir de donde se originarían las mencionadas diferencias de opinión entre las personas a través de la idea de “burden of judgment”, los que pueden observarse, por ejemplo en:

- i. La complejidad habitual de las evidencias empíricas y científicas frente a un mismo caso;
- ii. La dificultad de sopesar adecuadamente tales evidencias, aun cuando coincidiéramos en la determinación de las mismas;
- iii. La vaguedad que es propia de todos los conceptos que utilizamos, sean estos políticos o morales;

²⁹ RAWLS, J. “The powers of citizens and their representation” (“Las capacidades del ciudadano y su representación”). Conferencia II, del libro del autor *Political Liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993). Traducción del Centro de Estudios Públicos. Santiago de Chile. Revista de Estudios Públicos, 53 (verano 1994). pp. 172-173.

³⁰ RAWLS, J. (n. 3). p. 16.

³¹ RAWLS, J. (n. 6). p. 40.

- iv. Nuestra tendencia a evaluar las evidencias y valores, de modo distinto, a partir de nuestras propias existencias particulares;
- v. La dificultad para sopesar las distintas consideraciones normativas, que regularmente se sitúan en torno a la cuestión; y
- vi. La genuina dificultad que existe para tomar una decisión frente a este tipo de problemas valorativos³².

Con la concepción de límites de la razón, se deja en claro el objeto transmutado del liberalismo político y del proyecto que se viene describiendo, en el cual en definitiva, consistirá en la consecución de un consenso entrecruzado; tesis, esta última, que permite actualizar el contenido de una teoría de la justicia, y abstraerla de la crítica más asidua de la filosofía política, que versa primariamente en el desarraigo de los sujetos que forman parte de la estructura básica de la sociedad. Dicho de otro modo, la estructuración de un sistema de justicia, carente de sujetos significantes de contenidos en sí mismos³³.

Para Gargarella, “con el concepto de consenso superpuesto Rawls hace referencia a un acuerdo entre personas razonables, que sólo aceptan doctrinas abarcativas razonables. Y sólo puede hablarse de la producción de dicho acuerdo cuando las personas adhieren generalmente a la concepción de justicia como dando contenido a sus juicios políticos acerca de las instituciones básicas y cuando, a la vez, las doctrinas abarcativas irrazonables no obtienen apoyo suficiente como para socavar la justicia esencial de la sociedad. En este sentido, y dado el hecho del pluralismo razonable, el consenso superpuesto aparece como la única forma de permitir que cada individuo, desde su concepción particular del bien, pueda adherir a la concepción pública de la justicia: Dicho consenso se alcanza sólo cuando la concepción pública en cuestión aparece como razonable o, aún, como verdadera, a los ojos de todos”³⁴.

³² Según Rawls, esto alude a lo que Nagel llamó “la fragmentación del valor, en su trabajo *Moral Questions*. Cambridge, Cambridge U. P., 1979. pp. 41. y 128.

³³ GARGARELLA, R. “John Rawls, “Political liberalism y sus críticos”. *Revista Doxa*. N° 20. Bueno Aires, Argentina. Año, 1997. p.394.

³⁴ GARGARELLA, R. (n. 36). p. 398.

Lo que, en nuestra opinión, salvaguarda el núcleo dogmático de una teoría de la justicia, el cual *ex ante*, versará sobre la justicia en la sociedad de los hombres y considerando que la justicia es “la primera virtud de las instituciones sociales”.

1.2 Reacción ante intuicionismo y utilitarismo

La tesis del liberalismo igualitario planteada por John Rawls en *A Theory of Justice* (1971), y corregida luego por *Political Liberalism* (1993), adquiere relevancia histórica, jurídica y moral, sí y sólo si, se entiende –en primer término– desde una adecuada conceptualización del punto muerto que suponen tanto el intuicionismo como el utilitarismo, (más adelante precisaré en qué consisten cada una de estas formulaciones y el porqué de esta aseveración) y luego, en tanto en cuanto, su teoría “domina el ámbito de la discusión, no en el sentido de proporcionar un acuerdo, ya que muy pocas personas están totalmente de acuerdo con ella, sino en el sentido de que los teóricos posteriores se han definido por oposición a Rawls”³⁵.

En el mismo sentido, el propio Rawls señala que:

“Al presentar la justicia como equidad habré de contrastarla con el utilitarismo. Lo hago por varias razones; en parte como recurso expositivo, en parte porque las diversas presunciones del punto de vista utilitario han dominado desde hace mucho tiempo nuestra tradición filosófica y continúan haciéndolo. Y este dominio se ha mantenido a pesar del persistente recelo que tan fácilmente despierta el utilitarismo”³⁶.

Desde la perspectiva de la filosofía política, la originalidad del proyecto rawlsiano estriba, ante todo en ciertas notas de su elaboración, las que permiten efectuar un juicio de sentido sobre sus alcances y manifestaciones.

Tales notas, son fruto de una continuidad metodológica y de un esfuerzo singular por sistematizar el espectro de la filosofía política,

³⁵ KYMLICKA, W “Filosofía política contemporánea. Una introducción” p. 65.

³⁶ RAWLS, J. “A theory of justice”. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971. p. 60.

y el campo aún más amplio de la filosofía moral, el cual ha acusado recibo, antes que de un progreso hacia el desarrollo de una sociedad justa, hacia una sociedad de la utilidad. Frente al arraigado sentido de la utilidad, Rawls señala que:

“La explicación de este curioso estado de cosas se encuentra en el hecho de que no se ha propuesto ninguna otra teoría constructiva que tenga virtudes comparables en cuanto claridad y sistematización y que, al mismo tiempo, apacigüe esos recelos. El intuicionismo no es constructivo, el perfeccionismo es inaceptable. Mi conjetura es que la doctrina contractual correctamente elaborada puede llenar esta laguna. Pienso que la justicia como equidad es un esfuerzo en esa dirección”³⁷.

Más estrictamente, el ámbito de su originalidad propia, radica en dotar a la filosofía política contemporánea de una “re-consideración de los postulados básicos ofrecidos por la doctrina tradicional del contrato social”³⁸, asumiendo la raigambre neokantiana que le funda, al menos en principio, y reordenando sistémicamente muchos de los múltiples elementos que se entienden involucrados en una elaboración teórica y moral del concepto de justicia, entendida como, hemos ya dicho, “la principal virtud de las instituciones sociales”.

Lo anterior adquiere relevancia, ante todo si admitimos que, “podemos pensar en una sociedad como una asociación más o menos autosuficiente, regulada por un concepto de bien común de justicia y dirigida a procurar el bien de sus miembros. En cuanto empresa cooperativa, a favor del adelanto mutuo, se caracteriza tanto por el conflicto como por la identidad de intereses”³⁹.

Ahora bien, sabemos que “hay identidad de intereses, pues la cooperación social permite que exista, para todos, una vida mejor

³⁷ RAWLS, J. (n. 3). p. 61.

³⁸ *Ibidem.*, p. 33.

³⁹ Cfr. RAWLS, J. “Distributive Justice”. Traducción del centro de estudios públicos, en revista de estudios públicos, 1986. N° 24., p. 53, con la debida autorización del libro “Economic Justice”. Penguin Books, Inc., 1973, Capítulo 4°, sección 13, pp. 319 – 362. 43, RAWLS, J. (n. 42). p. 320.

que la que ninguno tendría si cada uno procurar vivir por su esfuerzo propio, de forma tal que no resulta comprensible, en este contexto, la forma en que se distribuyen los beneficios más amplios que se derivan de los trabajos conjuntos, si sobre esa misma base de cooperación social que implica el contrato⁴⁰, y la elección de ciertos principios por los integrantes de la estructura social, no es posible establecer un concepto de justicia que sea razonablemente aceptado por todos a quienes afecta.

Entendido así, se construye “la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación”⁴¹, en el cual la idea organizadora fundamental se edifica en torno al concepto de la justicia como imparcialidad, la que se encuentra implícita –según Rawls– en la cultura pública de una sociedad democrática⁴².

Podemos pues, especificar el concepto de cooperación social resaltando tres de sus elementos⁴³:

1. En su seno, la idea de cooperación⁴⁴ resulta ser diversa de la mera coordinación social de la actividad política, como por ejemplo, la efectuada por alguna autoridad central de gobierno. La cooperación se

⁴⁰ RAWLS, J. (n. 42). p. 320.

⁴¹ RAWLS, J. (n. 6). Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I. § 3. p. 45.

⁴² RAWLS, J.(n. 6)”. Conferencia I § 2. pp. 41-45.

⁴³ RAWLS, J. (1996). § 3.2. p. 46.

⁴⁴ “Vale la pena observar que uso el término “ideas” en su acepción mas general, significando tanto conceptos, cuanto concepciones. Estos últimos se distinguen como en *A Theory of Justice*, pp. 3 y ss. Aproximadamente, el concepto es el significado de un término, mientras que una concepción particular incluye también los principios necesarios para aplicarla. A modo de ilustración: El concepto de justicia, aplicado a una institución, significa, pongamos por caso, que la institución no hace distinciones arbitrarias entre personas a la hora de asignar los derechos y deberes básicos, y que sus reglas establecen un balance adecuado entre exigencias competitivas. Mientras que una concepción incluye, además de eso, principios y criterios para decidir qué distinciones son arbitrarias y cuándo el balance entre exigencias competitivas resulta adecuado [...]. Tomo esta distinción entre concepto y concepción de H. L. Hart, *The concept of Law*, Claredon Press, Oxford, 1961, pp. 155-159”. Citado por RAWLS, J. (1996) p. 44.

orienta más plenamente mediante reglas y procedimientos^{45 46} públicamente reconocidos, los cuales son aceptados por los cooperantes y concebidos por ellos como efectivamente reguladores de conducta. Antes bien, hemos de considerar que tal idea, aparece en *A theory of Justice*, como una circunstancia objetiva de la justicia como equidad, marco sin el cual, toda referencia a este cooperativismo resulta sin sentido y alcance⁴⁷.

Ahora bien, Rawls entiende pues, que “las circunstancias de la justicia pueden describirse como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria”⁴⁸. Pues, como hemos visto, en la sociedad humana existe tanto conflicto como identidad de intereses. De modo tal que “son necesarios, ciertos principios que permitan a los sujetos que formen parte de esa configuración, escoger entre las diversas configuraciones sociales que resulten dables y que determinarán en definitiva la distribución de ventajas, y los acuerdos sobre las porciones distribuidas adecuadas”⁴⁹.

En consecuencia, teniendo claras las circunstancias de la justicia, es posible definir el papel de la misma, de modo tal que las circunstancias objetivas estarán dadas por los aspectos comunes y generales que hacen posible y necesaria la cooperación social de cara a la elección de los principios de justicia⁵⁰.

2. La cooperación, se relaciona funcional y metodológicamente, con la idea de equidad en la cooperación, pues “cada uno de los participantes puede aceptar razonablemente los términos equitativos de la

⁴⁵ RAWLS, J. (1976) § 14. Igualdad de oportunidades y justicia puramente procesal. pp. 88 y ss.

⁴⁶ Más adelante exploraré el real alcance de estas expresiones.

⁴⁷ Al respecto ver, BETEGON, J. “El liberalismo político y los límites de la razón pública”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. y MONTERO, J. “¿Qué criterio de igualdad requiere una democracia deliberativa?”. *Revista Diánoia*, volumen I, número 55 (noviembre 2005).

⁴⁸ RAWLS, J. (1979). p. 126.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*., § 22. Las circunstancias de la justicia. p. 127.

misma siempre que todos los demás los acepten del mismo modo. Los términos equitativos de la cooperación, definen una idea de reciprocidad: la cual consiste en que todos quienes estén comprometidos con la cooperación, y cumplan con ella, según exigen las reglas y los procedimientos, deberán resultar beneficiados del modo convenientemente fijado, por un adecuado punto de referencia comparativo. Una concepción política de la justicia, caracteriza los términos equitativos de la cooperación. Puesto que el objeto principal de la justicia, es la estructura básica de la sociedad, estos términos equitativos son expresados por principios que definen los derechos y deberes básicos en el seno de las instituciones sociales fundamentales y que regulan los reajustes de la justicia a lo largo del tiempo, de manera que los beneficios generados por el esfuerzo de cada cual, sean equitativamente distribuidos y compartidos, desde una generación hasta la siguiente^{51 52}”.

Al respecto, señala Rawls, necesario resulta señalar que “la idea de reciprocidad se halla a medio camino entre la idea de imparcialidad, que es altruista (moverse por el bien general), y la idea de ventaja mutua entendida como la promoción de la ventaja de todos y cada uno respecto de la situación presente, o de la esperable en el futuro si las cosas se mantiene como están⁵³”.

⁵¹ RAWLS, J. (1996). Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 3. p. 46.

⁵² El concepto de reciprocidad enunciado aquí respecto de la cooperación, dada en el origen de sociedad política, será tenido en cuenta y analizado con mayor exhaustividad en “Distributive Justice”, E. S. Phelps (ed.), *Economic Justice*, Penguin Books, Harmondsworth & Baltimore, 1973. Refundición de los artículos publicados en 1967 y 1968 con el mismo título. Traducción del Centro de estudios públicos. Revista de Estudios Públicos. Santiago de Chile, 1986. N° 24. § 9. pp. 75 y ss.

⁵³ “Así lo expresa Alan Gibbard en su reseña de Bryan Barry, *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley, 1989. En efecto, Barry piensa que la justicia como equidad revolotea incómodamente entre la imparcialidad y la ventaja mutua, mientras que Gibbard es de la opinión de que lo que hace es posarse en la reciprocidad. Creo que Gibbard es quien lleva la razón en este punto”. Citado por RAWLS, J. (1996). Primera Parte. Conferencia I § 3 p. 47.

Ahora bien, tal como se entiende en la justicia como imparcialidad, “la reciprocidad es una relación entre ciudadanos expresada por principios de justicia, que regulan el mundo social del que cada uno saca un beneficio de acuerdo con los criterios proporcionados por un punto de referencia igualitario definido para ese mundo”⁵⁴.

3. Además, en el contexto de una concepción política de la justicia, la reciprocidad consiste en una relación entre ciudadanos, dada en una sociedad bien ordenada⁵⁵, “una relación plasmada en la concepción política pública de justicia que tiene la sociedad”⁵⁶.

Ahora bien, “decir que una sociedad está bien ordenada comporta tres cosas:

- Primero (e implicado por la idea de una concepción de la justicia públicamente reconocida), se trata de una sociedad en la que cada uno acepta, y sabe que todo el mundo acepta, exactamente los mismos principios de justicia;
- Segundo (implicado por la idea de la regulación efectiva proporcionada por tal concepción), su estructura básica –esto es, sus instituciones políticas y sociales principales y la manera en que en que casan entre ellas hasta formar un sistema de cooperación– satisface esos principios de un modo público y notorio, o al menos hay buenas razones para creerlo, y
- Tercero, sus ciudadanos cumplen generalmente con las instituciones básicas de la sociedad, a las que consideran justas⁵⁷.

Así, y de aquí en más, podemos colegir que, reunidos los dos principios de justicia, y más aún el principio de diferencia, se llega a la formulación de la idea de reciprocidad entre los ciudadanos libres e iguales en una sociedad de justicia.

⁵⁴ RAWLS, J. (1996). Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 3. p. 47.

⁵⁵ *Ibidem.*, Conferencia I § 6. p. 66.

⁵⁶ Ver, *Ibidem.*, Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 3. p. 47.

⁵⁷ *Ibidem.*, p. 62.

Con todo, se trata de un concepto “bastante idealizado”, pero “sin el cual, cualquier concepción de justicia no sería capaz de ordenar bien una democracia constitucional, resultando por tanto inadecuada como concepción democrática”⁵⁸.

Ahora bien, puede ocurrir que una concepción de la justicia, no sea capaz de dotarse de tal ordenación, a más de lo dicho, bien porque su contenido se autorrefute en el momento en que fuese públicamente reconocido, o bien debido al hecho de que “una sociedad democrática lleva la impronta del pluralismo razonable”⁵⁹.

De lo anterior, el filósofo norteamericano concluye que, “una concepción de la justicia puede fracasar porque no consigue atraerse el apoyo de los ciudadanos razonables que abrazan doctrinas comprensivas razonables; o, como diré con frecuencia, porque no puede atraerse el apoyo de un consenso entrecruzado razonable”⁶⁰.

Conseguirlo es, *conditio sine qua non* para la elaboración de “una teoría de la justicia, en el contexto del liberalismo político”⁶¹.

El fundamento de esta condición, estriba en que, “la cultura política de una sociedad democrática se caracteriza por cuatro rasgos generales”⁶² que deben ser entendidos en la forma que sigue:

1. Primer rasgo general

La diversidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales presente en las sociedades democráticas modernas, no es un

⁵⁸ Ibídem., Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 6. p. 66.

⁵⁹ NAGEL, T. “Rawls and Liberalism”, en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge University Press, 2003). Traducido y reproducido con el permiso del autor y de Cambridge University Press. “Rawls y el liberalismo”. En *Revista de Estudios Públicos*, 97. (Verano 2005). p. 222; también en SHAPIRO, Ian. “Elementos de la Justicia democrática”. *Revista Doxa*. N° 20. Buenos Aires Argentina. Año, 1997. 353-354.

⁶⁰ RAWLS, J. (1996). Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 6. p. 66.

⁶¹ GARGARELLA, R. (n. 38). p. 397

⁶² RAWLS, J. (1996). Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 6. pp. 65.

mero episodio histórico pasajero, es un rasgo permanente de la cultura pública democrática de occidente.

Ahora bien, “bajo las condiciones políticas y sociales amparadas por los derechos y libertades básicas de las instituciones libres, tiene que aparecer –si es que no ha aparecido ya– y perdurar una diversidad de doctrinas comprensivas encontradas, irreconciliables y, lo que es más, razonables”⁶³.

2. Segundo rasgo general

“Un entendimiento continuo y compartido sobre una doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral, sólo puede ser mantenido mediante el uso opresivo del poder estatal. Si pensamos en la sociedad política como una comunidad unida en la afirmación de una y la misma doctrina comprensiva, entonces el uso opresivo del poder estatal es necesario para la comunidad política”⁶⁴.

3. Tercer rasgo general

“Un régimen democrático duradero y seguro, un régimen no dividido entre confesiones doctrinales pugnantas y entre clases sociales hostiles, tiene que ser apoyado libre y voluntariamente por al menos una mayoría substancial de sus ciudadanos políticamente activos”⁶⁵.

Considerando este tercer rasgo conjuntamente con el primero, implicaremos que la justificación de un régimen constitucional, y por tanto una concepción política de la justicia, debe ser aceptada por doctrinas comprensivas muy distintas y enfrentadas, aunque razonables, las que interactúan recíprocamente en el marco de tolerancia, cooperación y libertades iguales básicas para todos los ciudadanos.

4. Cuarto rasgo general

“La cultura política de una sociedad democrática que ha funcionado bien a lo largo de un período considerable de tiempo, contiene

⁶³ RAWLS, J. (1996). pp. 66-67.

⁶⁴ RAWLS, J. (1996). Primera Parte. El liberalismo Político: Elementos básicos. Conferencia I § 6. p. 68.

⁶⁵ *Ibidem.*, § 6. p. 67.

normalmente, al menos de modo implícito, ciertas ideas intuitivas fundamentales a partir de las cuales es posible elaborar una concepción de la justicia adecuada para un régimen constitucional”⁶⁶.

Así, el concepto de justicia se instituye como un conjunto de principios para escoger entre los ordenamientos sociales que determinan dicha división y para obtener un consenso acerca de las participaciones distributivas correctas.

1.3.1 El utilitarismo

Los postulados centrales de la noción utilitaria, han sido tratados de muy diversas formas y modos, con todos insoslayable resulta tener a la vista la apreciación que algunos filósofos del Derecho han efectuado sobre el particular.

Tales apreciaciones, enmarcan la temática que es cogida luego por John Rawls, y que sirve de canal conductor inicial de su obra, así, pues, sabemos que B. Russell sostenía que [nosotros] “sabemos que las ideas de conducta justa e injusta figuran entre aquellas de las que generalmente se supone se ocupa la ética”⁶⁷, con todo, en el lenguaje común, “la palabra justo es muy ambigua, y no resulta fácil discernir los diversos significados que tiene en él. Debido a la variedad de estos significados, la adhesión a uno de ellos nos envuelve necesariamente en aparentes paradojas cuando las empleamos en un contexto que sugiere alguno de los otros significados [...] Así al enjuiciar la conducta, encontramos desde el principio dos métodos ampliamente divergentes; uno de ellos es propugnado por algunos moralistas y el segundo por otros, mientras que quienes carecen de teoría ética ponen en práctica ambos. Uno de estos métodos, el propugnado por el los utilitaristas, enjuicia la rectitud (rightness) de una acción por la bondad o maldad de sus consecuencias. El otro método, propugnado por los intuicionistas, la enjuicia en función de la aprobación o desaprobación del sentido moral o conciencia”⁶⁸.

⁶⁶ Citado por, RAWLS, J. (1996). Primera Parte. El liberalismo político: Elementos básicos. Conferencia I § 6. p. 68.

⁶⁷ RUSSEL, B. (n. 11). p. 28.

⁶⁸ *Ibidem.*, (n. 11). p. 29.

Por su parte, Kimlika, anota que “tradicionalmente, los utilitaristas han definido la utilidad en términos de felicidad; de ahí el común pero erróneo lema: La mayor felicidad para el mayor número”⁶⁹. En el mismo sentido, señala que “este lema tan común, es equivocado porque contiene dos objetivos distintos que incrementan al máximo: la “mayor felicidad” y el “mayor número”. Para cualquier teoría, resulta imposible hacer frente a esta doble exigencia, por lo que cualquier intento de llevarla a la práctica conduce a un callejón sin salida (v.gr., si las dos distribuciones posibles son 10:10:10 20:20:0, no podemos alcanzar la mayor felicidad y al mismo tiempo la felicidad del mayor número”⁷⁰.

En el mismo orden de cosas, Gómez Barbosa, apunta que para el utilitarismo, el bien tiene sólo un significado: el mayor incremento del bienestar social total, y este bien, es a su vez lo único moralmente correcto.

Otras concepciones de lo bueno, la verdad o la ética no resultan admisibles, Mientras que, al distinguir Rawls, entre la idea de Bien y de justicia, se rompe la unidad conceptual que el utilitarismo formaba con ambas categorías y por tanto está rompiendo, también, con la unicidad de significado que se les otorgaba a ambas categorías bajo el primado absoluto del principio de utilidad como expresión de lo único valioso en la estructuración social⁷¹.

A. Sus atractivos y partes subjetivas

A primera vista, el concepto más racional de la justicia sería de carácter utilitario, –no obstante aquellos que lo rechazan afirman que los defectos del utilitarismo son tan numerosos que no podría ayudarnos más que desapareciendo del panorama (por ejemplo, Williams,

⁶⁹ KYMLICKA, W. (n. 38). p. 24.

⁷⁰ *Ibidem.*, p. 24.

⁷¹ Ver, GÓMEZ BARBOSA, P. “La propuesta ética de John Rawls en Teoría de la Justicia”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. p. 90.

1973)– y “en su formulación más simple, el utilitarismo sostiene que el acto o la política moralmente correcta es aquella que genera la mayor felicidad entre los miembros de la sociedad”⁷². De acuerdo con esta visión, los principios utilitaristas se aplican a aquello que Rawls llama la ‘estructura básica de la sociedad’, y no a las conductas de los individuos. “Una aproximación a los conceptos utilitaristas, al menos en este sentido más genérico, nos lleva a plantear dos de sus atractivos”⁷³, más notables, a saber:

1°. Su “independencia metafísica”⁷⁴, en tanto en cuanto, el fin que los utilitaristas tratan de promover, no depende de la existencia de Dios o del alma, o de otra entidad metafísica. Algunos [entre otros, Heidegger, Camus, Sarte o Nietzsche] han pensado, en este sentido, que la moral es incoherente sin estas nociones religiosas.

Pero no queda del todo claro porqué el utilitarismo escaparía a estas consideraciones, precisamente porque el bien que intenta promover es algo que todos queremos en nuestras vidas, y en las de quien amamos, noción concordante con una moral basada en la religiosidad [entre otros, Santo Tomás de Aquino, John Finnis, Xavier Zubiri].

Ahora bien, ocurre que el utilitarismo simplemente exige que la búsqueda en la sociedad de la utilidad o del bienestar humano, se lleve a cabo de una manera imparcial, seamos o no hijos de Dios, tengamos un alma, o una voluntad libre, todos podemos sufrir o sentirnos felices, todos podemos estar mejor o peor. Todo lo cual sólo es dable respectivamente acerca de lo justo.

En consecuencia, recurrir a otras nociones acerca de lo justo en la sociedad moderna, es particularizar su sentido y alcance y no permitiría establecer una solución global para las personas⁷⁵.

⁷² KYMLICKA, W. (n. 38). p. 21.

⁷³ *Ibidem.*, p. 22.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Cfr. FOLLESDAL, A. “Rawls in the Nordic Cultures”. *Arena Working Papers*. Oslo University Press. 2000.

2º. El segundo de los atractivos, es su “consecuencialismo”⁷⁶, cuya importancia radica –precisamente– en exigir que constatemos si el acto o la medida política en cuestión, generan algún bien identificable o no. “El consecuencialismo no admite prohibiciones morales claramente arbitrarias”⁷⁷, exige por el contrario que todo el que condene algo como moralmente incorrecto, debe evidenciar a quien se perjudica, esto es, tiene que demostrar de qué modo la vida de alguien resulta empeorada.

En el mismo sentido, el consecuencialismo nos dirá que algo es moralmente bueno, en la medida en que mejora la vida de alguien, de modo tal que, resulta atractivo porque adecua nuestras intuiciones acerca de las diferencias entre el ámbito de la moral y otros ámbitos [como por ejemplo, el jurídico].

También, parece proveernos de un método serio para resolver cuestiones morales. En tanto la medición en el cambio del bienestar humano, no se legitima en cuanto encuentra su apoyo en líderes espirituales, ni en oscuras tradiciones.

Entendidos de esta manera, los dos atractivos del utilitarismo son:

1. Su adecuación a nuestras intuiciones acerca –primero– de la importancia del bienestar de la humanidad, así como de un parámetro de justicia (utilitario), y
2. La necesidad de que las reglas morales se analicen a partir de las consecuencias sobre dicho bienestar.

Con todo, conviene tener presente que, los adversarios del consecuencialismo afirman “que un inconveniente que tiene es que no define minuciosamente la idea de fomentar un valor, y menos aún la idea de respetar un valor”⁷⁸. Como algunos sostienen, entre otros

⁷⁶ “El consecuencialismo es la concepción según la cual, sean cuales sean los valores que adopte un individuo o una institución, la respuesta adecuada a estos valores consiste en fomentarlos” p. 325. PETIT, Philip. “El consecuencialismo”. En SINGER, Peter. “Compendio de ética”. Versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil. Alianza editorial. 1995. pp. 323 – 336.

⁷⁷ KYMLICKA, W. (n. 38). p. 22.

⁷⁸ PETIT, P. (1995). p. 325.

Peter Singer, el consecuencialismo, por sí sólo, esto es despojado de principios que ordenen sus intuiciones particulares⁷⁹, se convierte en punto muerto de discusión de cara a la construcción de un concepto que no sea meramente apofántico.

Ahora bien, según Kimlika, el utilitarismo puede ser descompuesto en dos partes subjetivas⁸⁰:

(1) Una concepción acerca del bienestar de la humanidad, o la “utilidad”.

(2) Un mandato para desarrollar al máximo la utilidad, así concebida, que al tiempo otorga igual peso a la igualdad de cada persona.

B. Críticas al utilitarismo

Es posible distinguir las siguientes críticas efectuadas al utilitarismo:

1°. El tipo de cálculos que deberíamos considerar en el nivel individual, son inaceptables en el nivel social: el utilitarismo tiende a ver a la sociedad como un cuerpo, donde resulta posible sacrificar a una parte en razón de las restantes. Allí se hace importante la idea de Independencia y separabilidad de las personas;

2°. El bienestar no es lo que requiere toda la atención normativa, pues esto implicaría entender a los individuos como “meros portadores pasivos de deseos”. La responsabilidad por lo que implica en el bienestar individual, lleva a Rawls a plantear una métrica objetiva, basada en bienes primarios;

3°. El utilitarismo da cabida a “gustos o preferencias ofensivos”, esto es, considera las preferencias externas (en el sentido de Dworkin) que evalúan la asignación de derechos y oportunidades a otros individuos como un fenómeno negativo para la satisfacción de sus preferencias. Dworkin introduce en este punto la idea de derechos como

⁷⁹ Al efecto ver, PÉREZ TRIVIÑO, J. L. “La noción Rawlsiana de autorespeto”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo semestre de 2002.

⁸⁰ Cfr. KYMLICKA, W. (n. 38). p. 22.

cortafuegos, como la única medida que puede garantizar a los individuos, la protección frente a las preferencias externas de las mayorías, implicando ello una incorrección del utilitarismo, por no considerar instituciones de este tipo. En definitiva el utilitarismo es ciego ante las violaciones a los derechos, constitutivas de una intuición bastante fuerte, amparadas en nombre del bienestar general;

4º. También se le objeta falta de conciencia, en la medida que la proveniencia de las preferencias puede ser cuestionable, o la expresión de las preferencias puede sufrir distorsiones, o simplemente no toma en consideración opciones posibles por no tener conocimiento de ellas;

5º. Finalmente, el utilitarismo no podría recibir aceptación en una situación contractual por ser una doctrina demasiado exigente: “la fidelidad al sistema social puede exigir que algunos, en particular los menos favorecidos, tengan que renunciar a ciertas ventajas en aras del mayor bien colectivo. Por eso, el sistema no sería estable a menos que aquellos que tienen que sacrificarse se identifiquen fuertemente con intereses más amplios que los suyos”⁸¹.

1.3.2 El intuicionismo

El intuicionismo constituye (expuesto de manera preliminar) una alternativa insatisfactoria al utilitarismo⁸², pues aun cuando realmente tengan un contenido razonable, las intuiciones antiutilitaristas con respecto a situaciones particulares que tengan lugar, y ante todo respecto de lo justo en una sociedad democrática, lo que se pretende de una teoría fundada, es que manifieste una alternativa que otorgue sentido a las antedichas intuiciones.

De otro modo, no basta para la formulación de una teoría de la justicia, con la sola intuición de aquello que puede comprenderse por tal, hace falta, desde luego, dotarle de un “orden de razones” (utilizando

⁸¹ GUARIGLIO, O. “¿Podemos hablar de Justicia?”. Ponencia expuesta en el día mundial de la filosofía de la UNESCO. 24 de Noviembre de 2005. p. 6.

⁸² Cfr. RAWLS, J. (1979). § 6. p. 35; Ver, GARGARELLA, Roberto. “Las teorías de la justicia después de Rawls”. Editorial Paidós. Barcelona. 1999.

la expresión cartesiana) que satisfaga la pretensión de constituir un concepto de justicia que implique el trasfondo cultural de base que requiere y los principios que tal trasfondo supone.

Así, sostenemos con John Rawls que, el intuicionismo “plantea la pregunta de hasta qué punto es posible dar un explicación sistemática de nuestros juicios acerca de lo justo e injusto”⁸³. Por su parte David Ross, ha argumentado que, “en un sentido tradicional, incluye ciertas tesis epistemológicas como aquellas relacionadas con la evidencia y la necesidad de principios morales”⁸⁴ y constan de las siguientes características, a saber:

“Primera, consisten en una pluralidad de principios básicos que pueden estar en conflicto al dar soluciones contrarias a tipos de casos particulares; y segunda, no incluyen un método explícito, ni reglas de prioridad para valorar estos principios entre sí: simplemente tenemos que establecer de forma intuitiva un compromiso a partir del cual averiguar por aproximación lo más correcto. En el caso de que existan reglas de prioridad, se consideraran más o menos triviales o incapaces de proporcionar una ayuda sustancial para alcanzar un juicio”⁸⁵.

Sin lugar a dudas, existe una multiplicidad de intuicionismos, distinguibles por el grado de generalidad de sus principios.

Así, nos encontramos con que “el intuicionismo del sentido común adopta la forma de grupos de preceptos más bien específicos, aplicándose a cada grupo a problemas particulares de justicia. Existe un grupo de preceptos que se aplica a la cuestión de los salarios justos, otro a los impuestos, otro más al castigo, y así sucesivamente. Para llegar, digamos, a la noción de salarios justos, tendremos que encontrar un cierto equilibrio entre los diversos criterios competitivos”⁸⁶.

⁸³ RAWLS, J. (1979). § 8 p. 50.

⁸⁴ Citado por, RAWLS, J. (1979). En este punto, resulta interesante el análisis de W. D. Ross. “Fundamentos de Ética”. Ed. Eudeba. ©. 1972.

⁸⁵ RAWLS, J. (1979). p. 34.

⁸⁶ *Ibidem.*, p. 35.

De lo anterior, resulta necesariamente que estos distintos principios, “ya sea en cuanto preceptos específicos o a los principios generales, no sólo son teóricamente insatisfactorias, sino que prestan poca ayuda en las cuestiones prácticas. Porque no ofrecen ningún criterio para ellos casos de conflicto entre estos preceptos específicos e irreductibles”⁸⁷.

Finalmente, podemos decir que, el intuicionismo no entrega una herramienta para aplicar o jerarquizar intuiciones.

Tampoco nos da criterios para reconocer intuiciones correctas. Sin embargo, no podemos –según Rawls– eliminar a nuestras intuiciones en el programa de búsqueda de los principios correctos de justicia.

La intuición no es lo reprochable, sino el modo en que esta se utiliza para llegar a conceptualizar una teoría de la justicia.

Lo relevante en este caso será entonces, tratar de establecer alguna prioridad⁸⁸ entre estos preceptos conflictivos, que sea capaz de generar un estadio de sistematicidad, estructurado sobre la base de distinciones racionales y que opere desde la sede de un equilibrio reflexivo⁸⁹93 en forma. Esta es, precisamente la tarea que se propone el proyecto del liberalismo igualitario planteado por el autor: Desarrollar una teoría política exhaustiva que estructure nuestras distintas intuiciones.

Sin embargo, conviene precisar que para Rawls:

“No hay nada intrínsecamente irracional en esta doctrina intuicionista. De hecho, puede ser cierta. No podemos dar por sentado que tenga que existir una derivación cabal de nuestros juicios acerca de la justicia social a partir de principios éticos reconocibles. El intuicionista cree, por el contrario, que la complejidad de los hechos morales

⁸⁷ KYMLICKA, W. (n. 38). pp. 64 – 65.

⁸⁸ Ver RAWLS, J. (1979). § 8. El problema de la prioridad. p. 50.

⁸⁹ Para un análisis en profundidad de la noción de equilibrio reflexivo y de sus relaciones con otros conceptos de carácter moral ver, RAWLS, J. (n.3), § 9. Algunas observaciones acerca de la teoría moral. p. 55. También en: PEÑA GONZÁLEZ, C. (n. 4); y en BÁRBAROSH, E. “El liberalismo igualitario de John Rawls”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. pp. 201-332.

desafía nuestros esfuerzos por dar una explicación plena de nuestros juicios y que requiere de una pluralidad de principios competitivos. Alega, que los intentos por ir más allá de estos principios, o bien se reducen a la trivialidad [...], o bien, conducen a la falsedad y a la simplificación [...]. Por consiguiente, el único camino para impugnar el utilitarismo es proponer criterios éticos reconocibles que definan los valores que, a nuestro juicio, pensemos que es correcto dar a la pluralidad de principios”⁹⁰.

A. Críticas al intuicionismo

Concluiré citando dos de las principales críticas formuladas a las puertas del intuicionismo.

La primera de ellas, “formulada por John Mackie, se refiere a la “invención gratuita de propiedades peculiares” (la rectitud, la no rectitud) que guardan poca relación con otras y tienen la extraña capacidad de atraernos cuando las reconocemos, como si disfrutasen de una extraña forma de magnetismo (véase Mackie (1977). Cáp. 1)⁹¹”.

Con todo, como anota el propio Jonathan Dancy, ésta crítica está fuera de lugar, fundamentalmente pues la reformulación operada a partir de teorías post-intuicionistas de Thomas Nagel e Ian Macdowell, “no hablan mucho sobre la rectitud y la no rectitud, sino que se centran en la idea de que el dolor que causaría a alguien si hago lo que pretendo, es una razón para no actuar de ese modo, y es una razón tanto la reconozca o no como tal. No existen ahí propiedades peculiares, sino sólo la idea comparativamente común de que dolor de los demás es relevante para nuestras opciones morales”⁹² y en definitiva para nuestros juicios acerca de la justicia o injusticia.

Una crítica diversa es la formulada por Simon Blackburn, quien “vuelve a preguntar cómo se supone que reconocemos la existencia

⁹⁰ RAWLS, J. (1979). p. 39.

⁹¹ DANCY, J. “El intuicionismo”. En SINGER, P. “Compendio de ética”. Versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil. Alianza editorial. 1995. p. 564.

⁹² *Ibidem.*, p. 565.

de estas razones. Si se sugiere que de algún modo son análogas a los colores, quizás nuestro conocimiento de ellas es como el conocimiento de los colores. Pero descubrimos lo que son los colores entrando en relaciones causales con ellos”⁹³.

Pero, no hay mucho que decir sobre la forma en que los valores o razones (a que nos referimos) pueden impresionarnos. “Ello se debe a que son incapaces de establecer relaciones causales; así pues, nuestro conocimiento de ellos no puede considerarse una especie de respuesta a algo independiente. En cambio aceptaríamos que proyectamos propiedades morales [verbigracia, un acto justo o injusto] aun mundo que en sí carece de ellas (de aquí que esta posición ha llegado a ser conocida como proyectismo”⁹⁴.

1.3.3 Contrastes relacionados

Conviene al efecto ponderar algunos de los contrastes de mayor relevancia que son tratados por John Rawls en *A theory of Justice*, y que denotan desde ya las profundas diferencias que se dan entre la concepción utilitaria de la justicia y la justicia como equidad como parámetros de una sociedad democrática según se analizará con posterioridad, a saber:

1º. “La justicia como imparcialidad explica las convicciones propias del sentido común relativas a la prioridad de la justicia, demostrando la consecuencia de los principios que deberían ser escogidos en una posición original de igualdad”⁹⁵.

Por su parte, y si bien el utilitario que su concepción está en conflicto con estas convicciones acerca de la justicia, mantendrá que tales convicciones dimanantes del sentido común y de nociones tales como el Derecho Natural, no tienen sino el valor de “reglas

⁹³ DANCY, J. (1995). p. 565.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 565. [No intentaré dilucidar los alcances del Proyectismo, en cuanto vertiente de análisis del esquema liberal rawlsiano. Sin embargo resulta conveniente explicitar su estrato conceptual a modo de ilustrar el desarrollo de las argumentaciones en la forma en que sigue]. [N. del A]

⁹⁵ RAWLS, J. (1979). § 6. p. 39.

secundarias”, las que desde se originan en la sociedad prestan a ella una gran utilidad social según sean las condiciones particulares de esta o bien –y en sentido contrario– permiten violaciones únicamente en circunstancias excepcionales.

Así pues, mientras que la doctrina contractual acepta nuestras convicciones acerca de la prioridad de la justicia como correcta, el utilitarismo pretende explicarlas como una ilusión socialmente útil.

2°. Mientras que la justicia como equidad, por ser una visión de naturaleza contractual, supone que los principios de elección social y por tanto los principios de justicia, son ellos mismos objeto de un acuerdo original, el utilitarista hará extensivo a la sociedad el principio de la elección individual.

3°. El último contraste radica en que, el utilitarismo es fundamentalmente una teoría teleológica⁹⁶, mientras que la justicia como equidad no lo es; muy por el contrario, es una teoría de naturaleza deontológica⁹⁷, que no especifica el bien independientemente de la justicia, o dicho con mayor exactitud, “no interpreta lo justo como maximización del bien”⁹⁸. Se dice que es deontológica, ya que, “si se supone que las personas en la posición original de igualdad escogerían el principio de igual libertad y restringirían las desigualdades económicas y sociales a las que fueran en interés de todos, no hay razón para pensar que las instituciones justas maximizarán el bien. Por supuesto, no es imposible que se produzca el mayor bien, pero sería una coincidencia”⁹⁹.

Es necesario denotar la propia opinión manifestada al respecto por el filósofo norteamericano, en cuanto “las teorías deontológicas se definen como no teleológicas, es decir, no como teorías que caractericen lo justo de las instituciones y de los actos independientemente de sus consecuencias. Todas las doctrinas éticas dignas de atención

⁹⁶ Para un análisis más exhaustivo ver el desarrollo del utilitarismo teleológico en KYMLICKA, W (n. 38). p. 46.

⁹⁷ Citado por RAWLS, J. (1979). § 6. p. 41.

⁹⁸ *Ibidem.*, § 6. p. 41.

⁹⁹ *Ibidem.*

toman en cuenta las consecuencias al juzgar lo justo. Si alguna no lo hace así sería irracional”¹⁰⁰.

Al respecto, Nagel “sugiere añadir una limitación deontológica, de igual tratamiento, al utilitarismo, que en su opinión se centra tan sólo en seleccionar el “mejor resultado impersonal” (Ver, Nagel; 1986: 176).

El mismo autor, apunta que debemos completar nuestra obligación de incrementar lo bueno, mediante la obligación de tratar a las personas como iguales”¹⁰¹. Todo lo cual, sólo es correspondiente con una conceptualización teleológica del utilitarismo, en tanto en cuanto, tenga como objetivo el “obtener estados de cosas valiosos”¹⁰².

Esto último, significa que el “acto correcto se define en términos de incremento de lo bueno, antes que en términos de igual consideración de los individuos”¹⁰³.

2. LA TESIS DE “UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA”

2.1 Ideas principales

Constituye idea fuerza que diagrama el trabajo descrito en *A Theory of Justice*, el precepto que John Rawls anota del siguiente modo, a saber:

“La idea principal de la justicia como equidad, [presenta] una teoría de la justicia que generaliza y lleva a un más alto nivel de abstracción la concepción tradicional del contrato social”¹⁰⁴, cuyo objetivo claro es “elaborar una teoría de la justicia que sea alternativa viable a estas doctrinas que han dominado largamente nuestra tradición filosófica”¹⁰⁵ [refiriéndose al utilitarismo].

¹⁰⁰ Ibídem.

¹⁰¹ KYMLICKA, W (n.38). p. 47.

¹⁰² Ver, Ibídem., p. 46.

¹⁰³ RAWLS, J. (n. 39). p. 24.

¹⁰⁴ RAWLS, J. (1979). p. 17.

¹⁰⁵ Ibídem.

Del mismo modo, y comenzando el desarrollo de la idea descrita con anterioridad, señala cual es el papel de la justicia en tal sentido, lo que no puede entenderse sino en tanto en cuanto, “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”¹⁰⁶.

Con todo, como aparece en el § 3 parte primera de *A Theory of Justice*, el objetivo de Rawls es precisamente, presentar “una concepción de la justicia que generalice y lleve a un superior nivel de abstracción la conocida teoría del contrato social tal como se encuentra, digamos, en Locke, Rousseau y Kant [...] La idea conductora es que el objeto del acuerdo original lo constituyen los principios de justicia aplicables a la estructura básica de la sociedad. Son los principios que personas libres y racionales aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación”¹⁰⁷.

Para Rodilla, “en notorio que mediante este argumento Rawls quiere enlazar con la tradición del contrato social. Sólo que a diferencia de las teorías contractualistas clásicas no se trata aquí de acordar inmediatamente una cierta organización del poder político, de instituir un soberano, prometer obediencia o cosas parecidas”¹⁰⁸.

Ahora bien, “la justicia como imparcialidad anota Rawls, no es una teoría contractual completa, ya que está claro que la idea contractualista puede extenderse a la elección de un sistema ético más o menos entero, esto es, un sistema que incluya principios para todas las virtudes y no sólo la justicia”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ibídem., p. 17.

¹⁰⁷ Ibídem., p. 24.

¹⁰⁸ RODILLA, M.A. “Coherencia, contrato, consenso- La estructura argumental de la Teoría de la Justicia de J. Rawls”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. p. 450.

¹⁰⁹ RAWLS, J. (1979). p. 29.

2.2 Elementos básicos e ideas capitales

2.2.1 Lo racional y lo razonable

La distinción entre lo racional y lo razonable se remonta, según Rawls a Kant, en cuanto manifestación de la distinción efectuada por este último, entre imperativo categórico e hipotético, tanto en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres como en otros escritos, entre otros, la propia Crítica de la Razón Pura¹¹⁰.

Más aún, “el mérito de la terminología contractual es que transmite la idea de que se pueden concebir los principios de justicia como principios que serían escogidos por personas racionales, y que de las concepciones de la justicia pueden explicar y justificar de esta manera. La teoría de la justicia es una parte, quizá la más significativa de la teoría de la opción racional”¹¹¹.

Así pues, para Rawls, el primer imperativo re-presenta a la razón pura y el segundo a la razón práctica. En efecto y para los efectos de la elaboración de una concepción política de la justicia, lo razonable ha de entenderse en un sentido más restringido –sin apartarse de su basamento inicial de raíz kantiana, al menos en su totalidad–, el cual se encuentra vinculado, en primer lugar, a la disposición de proponer y respetar los términos equitativos de la cooperación, y en segundo lugar, a la disposición a reconocer las cargas del juicio, aceptando sus consecuencias.

Por lo demás, Kant –sugiere Rawls– no intenta enseñarnos que es correcto o qué está equivocado en cuestiones morales. En vez de eso, observa, él intenta hacernos conscientes de la ley moral que está profundamente arraigada en nuestra razón libre y que mueve a un fuerte deseo de actuar conforme a ella, este deseo desde un ideal, se

¹¹⁰ Ver, KANT, I. “Crítica de la Razón pura”. Tomo I. Editorial Sopena Argentina S.A. Buenos Aires. Cuarta edición 1961.

¹¹¹ RAWLS, J. (n. 39). Mejor aún: “The merit of the contractual terminology is that conveys the idea that principles of justice may be conceived that would be chosen by rational persons and in this conception of justice may be explained and justified. The theory of justice is a part, perhaps the most significant part, of the theory of rational choice”. p. 16. [N. del A].

expresa en términos de una concepción de nosotros mismos como autónomos en virtud de nuestra razón, a la vez teórica y práctica. De este modo señala que, “el imperativo categórico articula un modo de reflexión que podría ordenar y moderar el escrutinio de nuestros motivos de una manera razonable. Mientras la razón teórica trata con el conocimiento de los objetos dados, la razón práctica concierne a cómo nos relacionamos con los objetos en concordancia con la idea, o concepción, que tenemos de ellos”¹¹².

Es más podemos apuntar dos notas consustanciales y que derivan de la noción de imperativo kantiano, orientadas hacia la actitud del sujeto noumenal:

1. “El imperativo, en su primera formulación, especifica el contenido de la ley moral como aplicado a nosotros en tanto seres razonables y racionales (*Vernünftig*) en el mundo natural, dotados de conciencia y sensibilidad moral, afectados pero no determinados, por nuestros deseos naturales e inclinaciones”¹¹³.
2. Bajo el imperativo categórico ordenamos las concepciones que tenemos y que orientan nuestra vida¹¹⁴.

Estas notas permiten al sujeto moral adoptar una decisión que sea concordante con la posición originaria y que sea conteste con los principio de justicia de cara a la edificación de una concepción política pública de justicia.

Ahora bien y como señala Fernando Inciarte, “el concepto de lo razonable (o de “razonabilidad”: “reasonableness”) es [...] central en la teoría de Rawls. [...] Ese concepto va unido estrechamente a la concepción despersonalizada como sujeto de la justicia como equidad”¹¹⁵.

¹¹² Kant, en *Lectures on the History of Moral Philosophy*, cit., p. 148. Citado por PEÑA GONZÁLEZ, C. (n. 4). p. 379.

¹¹³ *Ibidem.*, p. 380.

¹¹⁴ KANT, I. (n. 114). pp. 47, 52, 73.

¹¹⁵ INCIARTE, F. “De un liberalismo metafísico a un liberalismo igualitario”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. p. 163.

Así, “sabiendo que la gente es racional, no sabemos los fines que persiguen, sólo los que perseguirían inteligentemente. Sabiendo que la gente es razonable, cuando los demás están implicados, sabemos que están dispuestos a gobernar su conducta de acuerdo a un principio según el cual ellos y los demás pueden razonar en común; y la gente razonable tiene en cuenta las consecuencias de su acción sobre el bienestar de los demás. La disposición a ser razonable no se deriva, ni de ser racional ni se opone a ello, pero es incompatible con el egoísmo, pues va ligada a la disposición a actuar moralmente”¹¹⁶.

2.2.2 El Objeto de la Justicia

El núcleo central de la justicia como equidad radica en delimitar cual es su objeto preciso, así pues Rawls nos dirá que “de diferentes tipos de cosas se dice que son justas o injustas: no sólo las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también acciones particulares de muchas clases, incluyendo las decisiones, juicios e imputaciones”¹¹⁷.

Aclara, antes de delimitar el campo propio de aplicación de su objeto, que “nuestro tema es la justicia social”¹¹⁸.

Esta nota preliminar, es de particular importancia para los efectos de construir la tesis del liberalismo igualitario, sobre todo si se tiene la vista la visión tradicional que el liberalismo político en su vertiente libertaria ha descrito al efecto¹¹⁹.

Así, “el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”¹²⁰.

En efecto, el lugar principal que define el objeto propio, ya se vislumbra, y estará radicado en la estructura básica de la sociedad y

¹¹⁶ Citado por, RAWLS, J. (n. 6). Conferencia II. § 1 y 3. p. 79 – 80.

¹¹⁷ RAWLS, J. (1979). pp. 20-21.

¹¹⁸ *Ibídem*.

¹¹⁹ Cfr. NOZICK, R. Justicia y orden socioeconómico. Teoría del Título posesorio. Revista de estudios públicos. Santiago de Chile. N° 26, 1987.

¹²⁰ RAWLS, J. (1979). p. 20.

más exactamente, en el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen derechos y deberes fundamentales¹²¹. Esto es así, pues los efectos de la estructura básica de la sociedad son muy profundos y deben tenerse presentes desde el principio de una concepción estricta de la justicia.

Ahora bien, la estructura básica, implica un concepto [que si bien, y en principio es] intuitivo, se refiere, en primer término a las posiciones sociales que ocupan los hombres en este diagrama y en segundo lugar a las expectativas que tienen en ella por haber nacido en diferentes posiciones sociales, las que son determinadas tanto por el sistema político como por las condiciones económicas y sociales. Ello manifiesta unas desigualdades que afectan a los hombres en sus condiciones iniciales de vida, de modo tal que es a ellas a las que deben aplicarse los principios de la justicia social¹²².

A esta presentación, denotativa del ámbito de aplicación de “A theory of Justice”, deben, señala Rawls, estipularse dos tipos de limitaciones:

1º. La ocupación central de la justicia como equidad, radica ante todo en un caso especial del problema de la justicia, el cual considerará la justicia de las prácticas e instituciones sociales más y tan sólo ocasionalmente, la justicia del Derecho internacional o la de las relaciones entre Estados¹²³.

El caso es pues, la justicia social, y su administración por las instituciones que forman parte de la estructura básica de la sociedad, así como la manera en que los ciudadanos –entendidos como ciudadanos libres

¹²¹ “Por grandes instituciones sociales se entienden, la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Citado por RAWLS, J. (n. 3). p. 20.

¹²² Cfr. RAWLS, J. (1979). Chapter. II § 11. Two Principles of Justice. p. 62 y ss.

¹²³ Cfr. Ibídem. Parte segunda. La Igualdad de la libertad. § 58. “Justificación del rechazo de conciencia”. En este párrafo el autor profundiza sus cuestionamientos en relación a cómo se aplica una teoría de la justicia al Derecho Internacional, considerando la justificación de la negativa por razones de conciencia a participar en ciertos actos de guerra, o a servir en las fuerzas armadas. p. 343.

e iguales—, operan sobre la base de la elección de ciertos principios de justicia, a partir de una posición inicial de igualdad y mediante los procedimientos que —racionalmente— se han dado partir de la misma. Inapropiado resulta entonces suponer de antemano que los principios satisfactorios para la estructura básica, sean válidos para todos los casos, pues podrá resultar que no fuesen procedentes de aplicar en la vida cotidiana o bien que no diluciden la justicia o la equidad de los acuerdos de naturaleza cooperativa o contractual.

Con todo, “la importancia de este caso especial es obvia y no requiere de explicación. Es natural suponer que una vez que tengamos una teoría correcta para este caso, el resto de los problemas de la justicia resultará más manejables a la luz de esta teoría, la cual, con las modificaciones adecuadas, podría ofrecer la clave para algunas de estas otras cuestiones”¹²⁴.

2°. Son objeto de análisis, solamente, los principios de justicia que regularán una sociedad bien ordenada^{125 126}.

La razón de comenzar de este modo el desarrollo de una teoría [ideal] de la justicia es que “ofrece la única base para una comprensión sistemática de los problemas más apremiantes”¹²⁷.

Al respecto, Gómez Barbosa, señala que “sin duda el principal giro en la tradición anglosajona que realiza Rawls es reivindicar para la

¹²⁴ RAWLS, J. (1979). p. 21.

¹²⁵ Cfr. “La teoría de la opción racional y la elección razonable” en la forma en que aparece expresada en: RAWLS, J. (1979). p. 29 – 30; también en, RAWLS, J. (n. 32). Sobre todo en § 1. Lo razonable y lo racional (pp. 173 – 179) y § 3. Las doctrinas comprensivas razonables (pp. 182 – 189). También en RAWLS, J. (1996). Conferencia II. § 1 y 3. p. 79 y ss.

¹²⁶ “Se supone que todos actúan justamente y cumplen con su parte en el mantenimiento de instituciones justas. Aunque, como observó Hume, la justicia pueda ser una virtud celosa y cauta, nosotros podemos, no obstante, preguntarnos cómo sería una sociedad perfectamente justa. Por eso considero primeramente lo que llamo una teoría de la obediencia total como opuesta a la obediencia parcial (§ 25. sobre la racionalidad de las partes en la posición original y la parte segunda § 39. Sobre la propiedad de la libertad)”. Citado por RAWLS, J. (1979). p. 22.

¹²⁷ RAWLS, J. (1979). p. 22.

ordenación social y para la apreciación ética de ella una concepción autónoma de justicia, en el sentido de independiente de aquello que es estimado bueno en lugar y en un momento histórico determinado.

En oposición a la subsunción utilitarista de la justicia en la utilidad, la concepción rawlsiana de la justicia obliga a la aplicación de los principios que son su expresión con entera independencia de si ello maximiza o no el bienestar general. Por lo mismo, a diferencia de lo que es probable en los planteamientos utilitarista, es imposible que las privaciones de algunos se compensen mediante un mayor bien para todos en general, toda vez que lo que la justicia exige –dice Rawls– es atender a las necesidades de todos y cada uno de los ciudadanos y no atender a la maximización del bienestar global”¹²⁸.

2.2.3 Rol de la justicia como equidad

Al dar correcta lectura al rol fundado de la justicia como equidad, en el contexto de la construcción teórica que se viene describiendo, necesario resulta precisar algunos aspectos.

1°. En la Justicia como equidad, “la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social”¹²⁹.

Por cierto que la posición original no está pensada como un orden de cosas históricamente real, como un correlato evolutivo de las estructuras sociales, menos aún como un estadio cultural; consiste más específicamente, en “una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de justicia”¹³⁰.

“Más aún, los principios de justicia se ocupan de las pretensiones conflictivas a las ventajas obtenidas en la cooperación social; se aplican a las relaciones entre varias personas o grupos. La palabra “contrato” sugiere tanto esta pluralidad como la condición de que la división correcta de ventajas tiene que hacerse conforme a principios

¹²⁸ GÓMEZ BARBOSA, P. (n. 75). p. 88.

¹²⁹ RAWLS, J. (1979). p. 25.

¹³⁰ *Ibidem*.

aceptables para todas las partes. La fraseología contractual connota también el carácter público que es condición de los principios de la justicia¹³¹.

2º. La concepción de la justicia como equidad, empleada por Rawls, sostiene en su base, “la idea de una política de la justicia relativa a la democracia constitucional. Se trata de, pues, de una concepción política de la justicia que se independiza de contenidos religiosos o filosóficos, de modo que rechaza su articulación con planteos o concepciones metafísicas u ontológicas”¹³².

2.2.4 La Posición Original

El objetivo del autor en este punto es, –como anotamos con anterioridad– llevar a cabo una formulación hipotética desvinculada de parámetros históricos y que permite desarrollar más profundamente la doctrina del contrato social en pos de una construcción sistemática y relacional de una teoría de la justicia.

Para Rawls, “la intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos”¹³³.

Así, Rodilla señala que, “el objeto del acuerdo en la posición original es más general y más abstracto: principios de justicia, es decir, criterios que podamos emplear para juzgar sobre las normas e instituciones básicas de nuestra sociedad desde el punto de vista de su rectitud moral”¹³⁴.

En tal sentido, Rawls argumenta que:

“La posición original de igualdad corresponde al estado natural en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se

¹³¹ *Ibidem.*, p. 29.

¹³² CÁRCOVA, C.M. (n. 20). p. 53.

¹³³ RAWLS, J. (1979). p. 135.

¹³⁴ RODILLA, M. (n. 112). p. 450.

considera como una situación puramente hipotética, caracterizada de tal modo que conduzca a una cierta concepción de la justicia”¹³⁵.

Al efecto, Martínez García, señala que, “la posición original es el centro de la teoría de Rawls, su fuerza impulsora, su eje, por más que se observe una cierta tendencia en los lectores a desentenderse de ella, a tomar su teoría como un bloque de pensamiento que se analiza, se debate, pero que ya no remite a la posición original. Como si una cosa fueran las propuestas de Rawls y otra su fundamento teórico”¹³⁶. “La posición original es posición de abstracción radical. Dicho con lenguaje fenomenológico, de puesta entre paréntesis de toda contingencia, de suspensión del mundo. Por eso implica quedarnos sólo con la pregunta por la justicia, privada de todas sus adherencias, de todas sus respuestas”¹³⁷.

Sin embargo, la posición original “no debe ser imaginada como una asamblea general que incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un tiempo determinado, ni mucho menos como una asamblea de todos los que pudieran vivir en un tiempo determinado”¹³⁸. Lo cual, puesto que entenderla de este modo implicaría que la posición originaria “dejaría ya de ser una guía natural de la intuición y carecería de un sentido claro”, por el contrario deberá ser interpretada de forma tal que, en cualquier momento pueda ser adoptada su perspectiva y, en este sentido, el velo de ignorancia es clave para su consecución, pues asegura, no sólo que la información disponible es pertinente, sino que es en todo momento la misma¹³⁹.

Establece entonces, un criterio *ceteris paribus* que permite enfocar nuestro análisis, de cara a dilucidar el concepto de justicia implícito

¹³⁵ RAWLS, J. (1979). p. 12.

¹³⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. “La posición original como factor sorpresa”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. p. 123.

¹³⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. (n. 139). p. 125.

¹³⁸ RAWLS, J. (1979). p. 137.

¹³⁹ Ver *Ibidem*.

en una sociedad democrática y constitucional, en términos rawlsiano, bien ordenada y justa¹⁴⁰.

El objetivo de tal elaboración, y atendiendo al orden lexical, es acudir a la noción de justicia procesal como base de la teoría¹⁴¹. La idea intuitiva en este sentido será –sobre la base de la distinción que a continuación describiremos– estructurar el sistema social de modo tal que, sea cual fuere su resultado, éste sea siempre justo, al menos mientras se mantenga dentro de cierto ámbito. Así distinguimos entre:

I. Justicia Puramente procesal

Como “noción de justicia puramente procesal¹⁴², considérese el caso más sencillo de una división justa. “Un pastel habrá de dividirse entre un número de personas: Suponiendo que una división justa de una división igualitaria ¿Cuál es el procedimiento, si lo hay, que dará este resultado? Dejando de lado los tecnicismos, la solución obvia es la de que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. Dividirá el pastel en partes iguales, ya que de este modo estará seguro de obtener la mayor porción posible”¹⁴³.

Este ejemplo ilustra dos rasgos característicos de la justicia puramente procesal, en el contexto de una igualdad de oportunidades definida como parte de la estructura básica, los cuales son:

¹⁴⁰ El acuerdo en la posición original es unánime por construcción: si hay razones para que uno prefiera una de las alternativas a todas las demás, la preferencia se hace extensiva a todos de forma automática, sin necesidad de negociar ni transigir.

¹⁴¹ Cfr. RAWLS, J. (1979). § 14. p. 88.

¹⁴² Sobre los alcances procesales de esta distinción, estoy en deuda con el Dr. Carlos Del Río Ferreti, en comentarios sobre el texto de TARUFFO, M. (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán). Editorial Trotta. Segunda edición. 2005. También Cfr. GUERRA, F.W.S. “Sobre la dimensión iusfilosófica del proceso”. *Revista Doxa*. Nº 21- II. Buenos Aires, Argentina. 1998; CELANO, B. “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”. *Revista Doxa*. Nº 24. Buenos Aires. Argentina. 2001; y MORESO, J.J. “Derechos y Justicia Procesal Imperfecta”. *Revista Doxa*. Año 1, núm.1. 2000.

¹⁴³ RAWLS, J. (1979). p. 89.

- i. La existencia de un criterio independiente, definido previa y separadamente del procedimiento a seguir y por tanto de lo que entendemos por decisión justa¹⁴⁴, y
- ii. La posibilidad de encontrar seguramente un procedimiento que produzca el resultado deseado.

Ahora bien, “lo capital en cuanto al procedimiento racional ejecutado será “que existe una norma independiente para decidir el resultado que es justo, y un procedimiento que garantiza que se llegará a él”¹⁴⁵.

Al efecto, Celano, sostiene que “la justicia procedimental pura exige, a los fines de la determinación de que sea conforme a la justicia, que el procedimiento especificado se siga efectivamente. Si en cualquier ocasión, el procedimiento se ha seguido efectivamente es, al menos en parte, –en alguna medida– una cuestión de hecho; la respuesta correcta a esta interrogante será, en línea de principio, accesible a una indagación de carácter teórico, es decir dependerá del establecimiento de datos de hecho. Si así no fuese, en efecto el principio de justicia relevante habría de considerarse como mal formado”¹⁴⁶.

En este sentido y aludiendo a la concepción política de justicia planteada por el filósofo norteamericano, Moreso, señala que “los principios de justicia elegidos en la posición original son también un caso de justicia procesal pura, esos son los principios adecuados porque son los que elegiríamos si siguiéramos las reglas que configuran la posición original”¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibidem.*, p. 90.

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ CELANO, B. “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”. *Revista Doxa*. N° 24. Buenos Aires. Argentina. 2001. p. 412.

¹⁴⁷ MORESO, J.J. (n. 145). p. 29. El propio Rawls señala: “Thus, Rational autonomy is modeled by making the original position a case of pure procedural Justice. That is, whatever principles the parties select from the list of alternatives presented to them are accepted as just. Put another way, following the idea that citizens themselves (via their representatives) are to specify the fair terms of their cooperation) and putting aside for the present the criterion of reflective equilibrium), the outcome of the original position

II. Justicia procesal imperfecta

Esta especie de justicia está ejemplificada típicamente en “el juicio penal cuya resultas han de ser que el acusado sea declarado culpable si y sólo si ha cometido la falta que se le imputa”¹⁴⁸. “El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto”¹⁴⁹.

Conforme a ello, y de manera consistente con la teoría de la opción racional en la forma en que se expresa en el § 2 “Las capacidades del ciudadano y su representación”, de la conferencia II contenida en *Political Liberalism*, Rawls sostiene que “la teoría de los juicios examina qué reglas procesales de pruebas y similares, siendo compatibles con otros fines del Derecho, son las que mejor pueden servir para lograr este propósito. Y ocurre que, un juicio es un caso de justicia procesal imperfecta pues, se puede razonablemente esperar que, en diversas circunstancias, diversas medidas para las audiencias conduzcan a resultados correctos, sin no siempre, al menos las más de las veces”¹⁵⁰.

Esta forma procesal de justicia¹⁵¹, establece que aún cuando se obedezca cuidadosamente al Derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado erróneo, de modo tal que un inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad. En conclusión, “el rasgo característico de la justicia procedimental imperfecta es que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad”¹⁵².

yields, we conjecture, the appropriate principles of justice for free and equal citizens”. RAWLS, J. (1996). cit. en nota 38, p. 72.

¹⁴⁸ Cfr. RAWLS, J. (1979). p. 90.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ GUERRA, F.W.S. (n. 145).

¹⁵² Para una visión más acabada de las relaciones entre prueba y verdad, sus posibilidades teóricas y prácticas, ver TARUFFO, M. (n. 145).

Finalmente podemos aducir, que la posición originaria puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de autonomía y del imperativo categórico, dentro del sistema de un teoría empírica.

2.2.5 Restricciones al concepto de lo justo

A. La generalidad

“Esto es, tiene que ser posible formularlos sin el uso de palabras que intuitivamente podrían ser reconocidas como nombres propios o descripciones definidas. De este modo, los predicados utilizados en su formulación deberán expresar propiedades y relaciones generales¹⁵³”, pues las partes representativas no disponen en de información específica alguna, ni sobre sí mismas, ni sobre su situación, de modo tal que se ven ineludiblemente forzadas a acogerse a principios generales, entendiendo esta noción de manera intuitiva.

Su fundamento radica en que, los “primeros principios tienen que ser capaces de servir como base pública perpetua de una sociedad bien ordenada. Por ser incondicionales valen siempre (en las circunstancias de la justicia), y su conocimiento tiene que estar abierto a los individuos de cualquier generación”¹⁵⁴.

Así, para comprender estos principios de justicia, no resulta necesario el conocimiento de cuestiones particulares contingentes¹⁵⁵.

B. Aplicación universal

Ello implica que han de valer para todos los ciudadanos representativos por tratarse de personas morales, lo cual, entendido desde

¹⁵³ RAWLS, J. (1979). p. 130.

¹⁵⁴ *Ibidem.*, p. 131.

¹⁵⁵ “Tradicionalmente la prueba más obvia para estas condiciones es la idea de que lo que es justo es aquello que se adecua a la voluntad de Dios [...] Por ejemplo, Locke sostenía que el principio básico de la moral era el siguiente: Si una persona era creada por otra (en el sentido teológico), entonces tiene el deber de cumplir los preceptos que le imponga su creador”. Citado por RAWLS, J. (1979). p. 131.

una posición original de igualdad, supone la imposición de un límite máximo al grado de complejidad que pueden tener y al tipo y número de distinciones que establecen.

Es más, si el principio fuese autocontradictorio o resultase frustrante que todos actuaran conforme a él, de modo que resultaría eliminado.

Finalmente, y como queda de manifiesto, ambas restricciones son de diversa índole, así, en “el egoísmo en la forma la dictadura unipersonal (todos han de servir a mis intereses –o a los de Pericles–) es un principio que satisface la universalidad pero no la generalidad”.

Por otra parte, también los principios generales pueden no ser universales. Pueden estar planeados para ser útiles a una clase restringida de individuos, en razón de sus características fenotípicas, sociales o culturales. Pues, ciertamente en el transcurso de sus vidas adquirirán obligaciones y asumirán derechos que son propios de su circunstancia particular, pero, sin embargo, esos derechos y obligaciones son la consecuencia de unos primeros principios que valen para todos en tanto personas morales¹⁵⁶.

C. Publicidad

El carácter público, “surge naturalmente del punto de vista contractual”, pues las partes, en la posición original suponen que están eligiendo principios para una concepción pública de justicia y que todos sabrían sobre los todo cuanto sabrían si su aceptación fuese el resultado de un acuerdo.

A *contrariu sensu* de lo que ocurre con la universalidad, la condición de publicidad conduce a que el sujeto evalúe los principios basándose en el hecho de que son observados racional y regularmente por todos, y en que “su objeto es que las partes valoren las concepciones de la justicia como constitutivas de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas”¹⁵⁷.

“Esta condición de la publicidad está claramente implícita en la doctrina kantiana del imperativo categórico, en la medida en que exige

¹⁵⁶ RAWLS, J. (1979). p. 132.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 135.

que actuemos conforme a principios que estaríamos dispuestos, en tanto que seres racionales, a promulgar como leyes”¹⁵⁸.

D. Carácter definitivo

Al efecto Rawls, señala que el carácter definitivo implica que “las partes han de considerar al sistema de principios como tribunal supremo de apelación en materia de razonamiento práctico. No existen normas más elevadas a las que puedan remitirse los argumentos que apoyen demandas; un buen razonamiento a partir de estos principios es concluyente”¹⁵⁹.

2.2.6 El velo de ignorancia

Rawls le conceptualiza de la siguiente manera:

“El velo de ignorancia es una condición tan natural que algo similar debió ocurrírsele a muchos. La formulación en el texto se halla, creo yo, implícita, en la doctrina de Kant sobre el imperativo categórico, tanto en la forma en que está definido este criterio de procedimiento, como en el uso que Kant hace de él. Por lo tanto, cuando Kant dice analizar nuestro máximo considerando cuál sería el caso de ser una ley universal de la naturaleza, debe de suponer que desconocemos nuestro lugar en el interior de este sistema imaginario de la naturaleza.

Ahora bien, si entendemos que en la estructura básica de la sociedad, los ciudadanos han de partir de una misma base de igualdad, primero debemos considerar esa base como una representación tal y como se hace respecto del la posición original y luego debemos “anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho.

Ahora bien, para lograr esto hemos de suponer que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 131.

¹⁵⁹ *Ibidem.*, pp. 133-134.

obligados a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales”¹⁶⁰.

Del mismo modo, nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, así como tampoco conocen su situación política o económica, nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar.

Tales restricciones al conocimiento que los ciudadanos tienen de sus circunstancias, son apropiadas pues, entre las generaciones y dentro de ellas se plantean cuestiones propias de la justicia social, v. gr. cual es la cantidad de ahorro apropiada o la conservación de los recursos y puesto que con el objeto de apreciar adecuadamente la posición original –como representación racional– tampoco han de conocer las contingencias que les llevarán a oponerse entre sí, pues lo que se persigue es que escojan (racionalmente) aquellos principios con cuyas consecuencias estén dispuestos a vivir.

Así, los únicos hechos que pueden ser conocidos –en virtud de la posición original –para alcanzar su objeto son: Que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia¹⁶¹, –con todo lo que ello implica– y los hechos generales acerca de la sociedad humana y que afectan la elección de los principios de justicia.

La noción del velo de la ignorancia, parece estar implícita en la ética de Kant, conforme lo mentado más arriba, en cuanto la interpretación kantiana se basa en la noción de autonomía, ello en puesto en perspectiva con la idea de que los principios morales son el objeto de la elección racional, nos otorgan un punto de referencia para desarrollar este punto, pues tales principios definen la ley moral según la que los hombres desean racionalmente dirigir su conducta en una comunidad ética, de modo tal que una vez aceptados los principios, generales y universales, –sobre la base del principio de autonomía– como la legislación moral, está claro, por su aceptación que han de ser conocidos por todos¹⁶².

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 135.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 126.

¹⁶² Ver PEÑA, C. (n. 4). pp. 339, 379, 380, 382, 384.

Kant, en la visión de Rawls sobre el particular, mantenía que, “una persona actúa autónomamente cuando los principios de su acción son elegidos por ella como la expresión más adecuada de su naturaleza como ser libre y racional. Los principios sobre los que actúa no se adoptan a causa de su posición social o de sus dotes naturales, o a la vista de la sociedad específica en la que vive o de las cosas que desea. Actuar sobre tales principios es actuar heterónomamente”¹⁶³, y ocurre que el velo de ignorancia priva a las personas en la posición original del conocimiento que les facultaría para elegir principios heterónomos.

2.2.7 Los principios de Justicia

En la presentación de las ideas rawlsianas, primero presentaré su respuesta a la cuestión general de aquello que entendemos por justo, en una sociedad democrática dotada de un régimen constitucional, y luego discutiré los dos argumentos que utiliza para configurar su respuesta a la cuestión.

Consideraciones Previas

Como observaciones preliminares, en cuanto al contenido de una teoría de la justicia, Paul Ricoeur anota –analizando las nociones preliminares de *A Theory of Justice*, en lo que a ella compete–, “la justicia no es, desde un principio, una virtud intersubjetiva, una virtud que rige las relaciones bilaterales, sino las instituciones [...]”¹⁶⁴.

Este primer rasgo anotado por Ricoeur, describe una familiaridad platónica de la justicia en la atribución rawlsina antes que aristotélica. Así pues, Platón señala que “la justicia es la virtud del todo”¹⁶⁵, mientras que el Filósofo sostiene que la justicia “es una cualidad moral que obliga a los hombres de la polis a hacer cosas justas y que es causa de que se hagan y se quieran hacer estas cosas”¹⁶⁶, por lo demás, Aristóteles

¹⁶³ RAWLS, J. (1979). p. 237.

¹⁶⁴ RICOEUR, P. “Lo justo”. “¿Es posible una teoría puramente procesal de la justicia?”. Editorial jurídica de Chile, Santiago. 1997. p. 79.

¹⁶⁵ PLATÓN. “República”. Libro IV. (trad. José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza Editorial, Madrid 1990). p. 56.

¹⁶⁶ RICOEUR, P. (1997). p. 81.

señala que, la justicia distributiva es una justicia particular o parcial en relación con la justicia en general, que no es sino la obediencia de las leyes de la ciudad, de modo tal que conviene preguntarse: ¿Porqué es de carácter parcial o particular?

Ello es de esta forma, pues la antedicha especie de justicia se relaciona con un objeto específico, a saber, efectuar la distribución o reparto de bienes, honores y beneficios. De otra parte, diremos también –argumenta Ricoeur– que “la clase de igualdad propia de esta justicia no es la igualdad aritmética sino la proporcional, es decir la igualdad entre las relaciones de participantes de partes, y la relación de un participante con una parte debe ser igual a la relación de otro participante con otra parte”¹⁶⁷.

En definitiva, parecería que Rawls, en cuanto antecedentes, sigue más a Platón que a Aristóteles por el grado holístico de su definición de justicia, sin embargo ello no es así, pues Rawls es holístico y distributivo a la vez¹⁶⁸.

Lo anterior se evidencia pues, en *A Theory of Justice*, su autor manifiesta que el sistema social es –primariamente– un proceso de distribución de cargos, funciones y categorías, obligaciones y deberes, de forma tal que los sujetos representativos de los mismos son ante todo partícipes en ella.

Rodilla, sobre el fundamento de estos principios, señala que aquello que “fundamenta los principios de justicia es la suposición de serían acordados en la posición original. Ahora bien, los principios de justicia son principios morales”¹⁶⁹.

Además, y continuando con el diagrama de observaciones propuesto por Ricoeur, sostenemos que, en la medida en que la sociedad es una empresa cooperativa que procura la ventaja mutua, es preciso e insoslayable presentarle como un todo irreducible y desde luego como un sistema de relaciones intersubjetivas, “de modo tal que

¹⁶⁷ RICOEUR, P. (1997). p. 81.

¹⁶⁸ Ver. RICOEUR, P. (1997). p. 80.

¹⁶⁹ RODILLA, M.A. (n. 112). p. 450.

la justicia puede ser considerada como la ‘virtud de las instituciones’, pero de instituciones que procuran promover el bien de quienes forman parte de ellas como representativos de derechos y deberes en la estructura básica de la sociedad en la cual procede tal distribución conforme a los principios de justicia”¹⁷⁰.

Ahora bien, la composición general de la Justicia como imparcialidad, consiste en que:

“Todos los bienes primarios sociales –libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y los fundamentos de la propia estima– tienen que distribuirse de modo igual a menos que una distribución desigual de alguno de estos bienes o de todos ellos resulte ventajosa para los menos favorecidos”¹⁷¹.

Así pues, Rawls afirmará que:

“Se requiere entonces, un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social: Proporcionan un para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social”¹⁷².

Así, Cárcova, señala que, “tales premisas, reconstruidas a partir de la tolerancia y del rechazo del esclavitud, deben ser tenidas en cuenta por toda concepción de justicia razonable, basada en un equilibrio reflexivo, lo que permite concebir a la sociedad, como un sistema de cooperación [...]. La justicia “tiene un propósito práctico, no metafísico o epistemológico. No es una concepción verdadera de justicia, sino una concepción que se presenta como base necesaria para alcanzar acuerdos políticos voluntarios e informados, entre ciudadanos libres e iguales”¹⁷³.

¹⁷⁰ RICOEUR, P. (1997). p. 81.

¹⁷¹ RAWLS, J. (1979). pp. 302-303.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 18.

¹⁷³ CÁRCOVA, C.M. (n. 20). p. 55.

Enunciación tentativa

La enunciación primaria de estos principios de justicia es la que sigue:

“La primera enunciación de los dos principios es la siguiente:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que:

- a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos,
- b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”¹⁷⁴.

En efecto Rawls señala que, “las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige la igualdad en el repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantienen que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. Estos principios excluyen aquellas instituciones justificantes por motivo de que las privaciones de algunos se compensan mediante un mayor bien para todos en general. Que algunos deban tener menos con objeto de que otros prosperen puede ser ventajoso pero no justo”¹⁷⁵.

El primer principio (igualdad de Derechos y libertades) tiene prioridad sobre el segundo, y la primera parte del segundo principio (justa igualdad de oportunidades) tiene prioridad sobre la segunda parte (el principio de diferencia).

La formulación es tentativa pues el propio Rawls asume que “hay dos frases ambiguas en el segundo principio, a saber ‘ventajosas para todas’ y ‘asequibles para todos’”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ RAWLS, J. (1979). pp. 67-68.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, p. 27.

¹⁷⁶ *Ibidem.*, p. 68.

Ahora bien, una interpretación democrática en este sentido, “se obtiene combinando el principio de la justa igualdad de oportunidades con el principio de diferencia, este principio suprime la indeterminación del principio de eficiencia al especificar una posición particular desde la cual habrán de juzgarse las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica. Dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes está menor situados son justas si y sólo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. La idea intuitiva es que el orden social no ha de establecer y asegurar las expectativas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlos vaya en beneficio de los menos afortunados”¹⁷⁷.

Contenidos y significancias

“Estos principios son aquellos que serán aceptados por personas racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con objeto de establecer los términos básicos de su asociación”¹⁷⁸.

En tal carácter, su propia conceptualización lleva a la demostración de que tales axiomas, constituyen la solución al problema de elección que presenta la posición original, pues precisamente deberá establecerse que, “dadas las circunstancias de las partes, sus conocimientos, creencias e intereses, un acuerdo sobre la base de estos principios, es el mejor medio para que cada persona alcance sus fines, en vista de las alternativas disponibles”¹⁷⁹.

En cuanto sus modos de aplicación, Rawls señala que, deberán implicarse, en primer lugar, a la estructura básica de la sociedad, y regirán en tal sentido la asignación de derechos y deberes regulando la distribución de las ventajas tanto sociales como económicas.

¹⁷⁷ *Ibidem.*, pp. 80-81.

¹⁷⁸ *Ibidem.* Parte III. § 20. p. 119.

¹⁷⁹ *Ibidem.*

De esta manera presupondrán, para los propósitos *A Theory of Justice*, que la estructura social consta de dos partes –más o menos distintas–, de modo tal que el primer principio que Rawls denomina de Igual– Libertad será aplicado a la primera y el segundo principio, denominado de Diferencia, se aplica, “en su primera aproximación, a la distribución del ingreso y la riqueza y a formar organizaciones que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad o cadenas de mando”¹⁸⁰.

Tales principios, anota el filósofo norteamericano, habrán de ser dispuestos en un orden serial dando prioridad al principio de Igual - Libertad por sobre el principio de Diferencia. Este orden implica, que las violaciones a las libertades básicas iguales amparadas bajo el primer principio no admiten justificación ni compensación mediante mayores ventajas sociales y económicas.

Este orden serial es el que Rawls denomina, orden lexical o lexicográfico consecutivo, el que “se deriva del hecho de que el ejemplo más familiar de este tipo de ordenamiento es el de las palabras del diccionario”¹⁸¹.

Se trata *strictu sensu*, de “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”¹⁸².

La ventaja descrita por esta forma de plantear la metodología de análisis, según el propio Rawls, estriba en que “un ordenamiento serial evita así tener que equilibrar principios; los situados anteriormente tienen un valor absoluto, por así decirlo, con respecto a los que siguen, y se mantiene sin excepción”¹⁸³.

Así, existen “dos modos obvio y simples de tratar constructivamente el problema de la prioridad, a saber: O bien, mediante un único principio que lo contenga todo, o bien mediante una pluralidad de principios en orden lexicográfico”.

¹⁸⁰ Ibídem., p. 68.

¹⁸¹ Ibídem., p. 52.

¹⁸² Ibídem., p. 53.

¹⁸³ Ibídem.

La importancia de tal ordenación es capital, pues si consideramos la proposición que hace Rawls en tanto en cuanto, sitúa “el principio de igual libertad en una jerarquía anterior al principio regulador de las desigualdades económicas y sociales. Esto quiere decir realmente, que la estructura básica de la sociedad, habrá disponer las desigualdades de riqueza y de autoridad de modos que sean congruentes con las libertades iguales exigidas por el principio anterior”¹⁸⁴.

Ahora bien, Rawls, asume que –en un primer momento–, el concepto de orden lexicográfico o serial no parece muy prometedor, más bien parece ofender nuestro sentido de buen juicio y moderación, es más, presupone que los principios dentro del orden referido son de un tipo muy especial.

Esta forma peculiar de defensa de la propia estructuración de *A Theory of Justice*, toma significación en cuanto permite a Rawls, suplir las críticas a priori, pues no pretende en modo alguno, instituir su forma de analizar los preceptos de una concepción política de justicia, como universales y de cuya forma estructural todos hayan de valerse como *conditio sine qua non*. Lo anterior es expresado en la forma que sigue:

“Aun cuando, en general, parezca claro que un orden lexicográfico no puede ser estrictamente correcto, puede ser una aproximación iluminadora en ciertas condiciones, que aun siendo especiales son significantes”¹⁸⁵.

Al efecto, Ricoeur, explica que, “este orden es léxico o lexicográfico por una razón sencilla: en un diccionario, la primera letra es léxicamente la primera, en el sentido de que ninguna compensación en el nivel de las letras posteriores podrá borrar el efecto negativo que resultaría de la sustitución de esta primera letra por cualquier otra; esta imposible sustitución da a la primera letra un peso infinito.

No obstante, el orden siguiente no está desprovisto de peso, porque las letras siguientes hacen la diferencia entre dos palabras que tienen el mismo comienzo. El orden léxico da a todos los constituyentes un

¹⁸⁴ Ibídem.

¹⁸⁵ Ibídem., p. 55. (§ 82).

peso específico sin volverlos mutuamente reemplazables. Aplicado la teoría de la justicia: ninguna pérdida de libertad, sea cual fuere su grado, puede ser compensada por un crecimiento de eficacia económica. No se alcanza el bienestar a expensas de la libertad”¹⁸⁶.

De este modo,

“Al enfocar el problema de la prioridad, la tarea consiste en reducir y no en eliminar totalmente el depender de los juicios intuitivos. No hay razón para suponer que podemos eliminar toda apelación a la intuición o que debemos tratar de hacerlo”¹⁸⁷.

El objetivo práctico tenido a la vista por Rawls, en este sentido es doble:

1. “Obtener un acuerdo razonablemente confiable con el fin de ofrecer una concepción común de la justicia”¹⁸⁸.
2. “Formular una concepción de la justicia que, por mucho que recurra a la intuición, ética o prudencial, tienda a lograr que nuestros juicios acerca de la justicia concuerden”. Si tal concepción existe, entonces desde el punto de vista de la posición original habría buenas razones para aceptarla, ya que es racional introducir mayor coherencia en nuestras comunes convicciones de la justicia”¹⁸⁹.

Con esto se concluye que los menos favorecidos en lo económico se deben considerar léxicamente prioritarios respecto a los demás particulares¹⁹⁰.

Por su parte, Kimlika señala que, “estos principios forman la “concepción especial” de la justicia, y tratan de proporcionar el criterio sistemático que el intuicionismo no podía darnos. De acuerdo con estos principios, algunos bienes sociales son más relevantes que otros,

¹⁸⁶ RICOEUR, P. (1997). p. 83.

¹⁸⁷ RAWLS, J. (1979). p. 54.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, p. 54.

¹⁸⁹ *Ibidem.*, p. 54.

¹⁹⁰ En esto consiste la implicación antisacrificial del principio de Rawls: “El que podría ser la víctima no debe sacrificado con miras al bien común”.

y por tanto no pueden ser sacrificados a favor de una mejora de esos otros bienes”¹⁹¹.

Sin embargo, la idea central de Rawls permanece incommovible: Una desigualdad sólo puede permitirse si beneficia a los menos favorecidos¹⁹².

En consecuencia, las reglas de prioridad no afectan el principio básico de un reparto igual, el cual permanece en cada categoría¹⁹³.

T. Nagel, sostiene que “el primer principio es uno de estricta igualdad, y el segundo, uno de igualdad permitida. El primero se aplica de manera aproximada a las estructuras y garantías constitucionales de los sistemas políticos y jurídicos, y el segundo al funcionamiento de los sistemas sociales y económica, particularmente en el medida en que puedan ser afectados por políticas tributarias y diversos enfoques aplicados ala seguridad social, el empleo, la indemnización por invalidez, el mantenimiento de los hijos, la educación, la atención médica, etc. La estricta prioridad de los derechos y libertades individuales por sobre las reducción de las desigualdades sociales y económicas constituye el verdadero meollo del liberalismo”¹⁹⁴.

En cuanto la raíz de estos principios, Rawls argumenta que, “los principios de justicia son también imperativos categóricos en sentido kantiano. Por imperativo categórico, Kant entiende un principio de conducta que se aplica a una persona en virtud de su naturaleza como ser libre y racional. La validez de este principio no presupone que se tenga un deseo en particular”¹⁹⁵.

¹⁹¹ KYMLICKA, W. (n. 38). p. 68.

¹⁹² RAWLS, J. (1979). p 29.

¹⁹³ KYMLICKA, W. (n. 38). p. 27.

¹⁹⁴ NAGEL, T. “Rawls and Liberalism”, en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (© Cambridge University Press, 2003). Traducido y reproducido con el permiso del autor y de Cambridge University Press. “Rawls y el liberalismo”. En *Revista de Estudios Públicos*, 97. (Verano 2005). pp. 224-225.

¹⁹⁵ RAWLS, J. (1979). p. 238.

El imperativo categórico supone que el sujeto noumenal se dirija a dar ciertos pasos como medio eficaz de conseguir un fin específico. Ahora bien, si el deseo es para un a cosa particular o para una cosa más general, como ciertas clases de sentimiento y placeres, el imperativo correspondiente es hipotético, pues su aplicabilidad depende de tener un propósito que no es condición necesaria para ser un individuo humano social¹⁹⁶.

Razones a favor de los principios de justicia

A. El rigor del compromiso

El rigor del compromiso “surge del hecho de que en general, la clase de cosas sobre las que puede lograrse un acuerdo está incluida, aunque en menor medida, en la clase de cosas que racionalmente pueden escogerse”¹⁹⁷.

Con tal denominación, Rawls intenta denotar que, suponiendo que los sujetos, han considerado todos aquellos aspectos que, partiendo de una posición original de igualdad, les son dables conocer, incluidos aquellos aspectos generales que tal representación importa, han de confiar recíprocamente el respeto que manifestarán, asumido el contrato, con los principios adoptados.

Por lo anterior, no suscribirán acuerdos cuyas consecuencias fuesen injustamente inaceptables o aquellos cuya adhesión les importe grandes dificultades, en términos de justicia. Sobre todo si concordamos en que, “el contrato original es definitivo y se concierta a perpetuidad, no habrá una segunda oportunidad.

En vista de la seriedad de las posibles consecuencias de la cuestión del valor del compromiso es especialmente aguda”¹⁹⁸, pues al suscribir un contrato hemos de ser capaces de cumplirlo incluso si se diesen las peores circunstancias.

De otra manera no habríamos actuado de buena fe.

¹⁹⁶ Cfr. RAWLS, J. (1979). § 40. p. 237-238.

¹⁹⁷ *Ibidem.*, p. 175.

¹⁹⁸ *Ibidem.*, p. 170.

Conviene dejar constancia que, sobre este particular razonamiento, los principios de justicia adquieren una ventaja definitiva, pues no sólo establecen una protección respecto de las libertades básicas, sino que además las aseguran contra las peores eventualidades. No asumen como riesgo el consentimiento de una pérdida de libertad en el curso de su existencia, en función del bien gozado por otros, compromiso que en circunstancias reales podrían no ser capaces de mantener.

B. El carácter público y la estabilidad psicológica

Un argumento que debemos considerar a priori, a favor de una concepción de la justicia es que genera su propia base de sustentación, pues cuando públicamente se sabe que la estructura básica de la sociedad satisface sus propios principios por un largo período de tiempo, las personas sujetas al acuerdo que le da origen, desarrollan un deseo de actuar conforme a los principios que tal acuerdo originario importa, y a cumplir con sus deberes en las instituciones que ejemplifican, lo que en caso de la justicia como equidad adquiere primera relevancia.

Por otra parte, decimos que una concepción de la justicia es estable psicológicamente “cuando el reconocimiento público de su realización en el sistema social tiende a producir el correspondiente sentido de justicia”. Además, el reconocimiento público de los principios de justicia (igual- libertad y diferencia, da un mayor apoyo al respeto que las personas tienen en sí mismas, lo que a su vez repercute aumentando la eficacia de la cooperación social. Esto es así, pues, “los principios de justicia reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tiene los hombres de no tratarse como medios sino como fines en sí mismos. En una interpretación contractual, implica, no un tratamiento de acuerdo a los mismos principios generales, sino tratarlos conforme a los principios que ellos convendrían en una posición original de igualdad”¹⁹⁹.

Precisamente porque en ella, las personas tendrían una representación igual en tanto que sujetos morales, que se consideren de suyo

¹⁹⁹ *Ibidem.*, p. 173.

como fines, y los principios que aceptarían serían racionalmente apropiados para proteger sus demandas. Así, la tesis contractualista, en tanto que tal, define un sentido según el cual las personas han de ser tratados como fines y no como medios²⁰⁰.

3. “POLITICAL LIBERALISM”. REFORMULACIÓN

Rawls a propósito del “Liberalismo Político” señala que “los propósitos de las presentes conferencias son bastante diferentes a lo de una teoría de la justicia, pues en ella la tradición del contrato social se concibe como parte de la filosofía moral, y no se distingue entre filosofía moral y política. Además en una teoría de la justicia, una doctrina moral de la justicia de alcance general no se distingue de una concepción estrictamente política de la justicia, de modo que no hay contraste entre las diferencias entre las doctrinas filosóficas y morales comprensivas y las concepciones limitadas al dominio de lo político. En cambio en estas conferencias, esas distinciones resultan fundamentales”²⁰¹.

Con todo, para entender la naturaleza y alcance de estas diferencias hay que notar que surgen del intento de resolver un serio problema de la concepción de la justicia como equidad, a saber: el hecho de que la descripción de la estabilidad realizada en el tercera parte de la Teoría, no es consistente con la concepción global²⁰².

“El serio problema al que aludo se refiere a la idea irrealista de una sociedad bien ordenada tal y como aparece en la Teoría”²⁰³.

Un rasgo esencial de una sociedad bien ordenada, en relación con la concepción de la justicia como equidad, es que todos los ciudadanos aceptan esa concepción sobre la base una doctrina filosófica comprensiva. Aceptan sus dos principios de justicia en tanto en cuanto que están arraigados en esa doctrina.

²⁰⁰ Véase KANT, I. “Fundamentos de una metafísica moral”. pp. 427-430.

²⁰¹ RAWLS, J. (1996). p. 27.

²⁰² *Ibidem.*, p. 36.

²⁰³ RAWLS, J. (1979). p. 37.

Ahora bien, en una sociedad bien ordenada vinculada al utilitarismo, los ciudadanos aceptan generalmente esa concepción como una doctrina comprensiva, y la aceptan sobre la base del principio de utilidad.

El problema serio entonces, será el que sigue: Una sociedad democrática moderna no sólo se caracteriza por una pluralidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales, sino por una pluralidad de doctrinas comprensivas incompatibles entre sí y, sin embargo, razonables.

Sin embargo, ninguna de estas doctrinas es abrazada por los ciudadanos representativos de un modo general, ni debe esperarse que en un futuro previsible llegara a serlo, precisamente pues el liberalismo político, parte del supuesto de que, a efectos políticos, una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables pero incompatibles es el resultado normal del ejercicio de la razón humana en el marco de las instituciones libres de un régimen constitucional y democrático²⁰⁴.

Por su parte, Gargarella, señala que, “en *Political Liberalism*, Rawls dice que el liberalismo político que propone “aplica el principio de tolerancia a la misma filosofía. La idea es que en el ámbito político se advierta lo que, de algún modo, ya se advirtió en el ámbito religioso: Las doctrinas religiosas que siglos atrás se extendían con pretensiones hegemónicas por sobre toda la sociedad, fueron retirándose para dar lugar a principios de gobierno constitucional que todos los ciudadanos, cualquiera sea su visión religiosa, pueden suscribir”²⁰⁵.

En el mismo sentido, y respecto a las dificultades que representaban en *A Theory of Justice*, la idea de un pluralismo razonable de cara al consenso superpuesto, *Political Liberalism* demuestra un intento por demostrar que es posible construir, aun a partir de la diversidad, una concepción de justicia compartida y que funcione.

Para ello, Rawls propone sobrepasar los desacuerdos entre la multiplicidad de doctrinas existentes, e identificar las bases posibles

²⁰⁴ Cfr. *Ibidem.*, pp. 80, 81, 82, 84, 87, 132, 135, 187, 188, 192, 193, 196, 198, 201, 210, 211, 213, 215, 216, 222, 235, 236, 237 y 241.

²⁰⁵ GARGARELLA, R. (n. 36). p. 394.

de un acuerdo suficientemente amplio, –como para abarcar principios sustantivos– y profundo, –como para incluir concepciones de la persona y la sociedad. Esta sola decisión va a mostrar a Rawls comprometido con una actitud diferente de la que lo distinguía en *A Theory of Justice*.

Así, Cristi, señala que “si Rawls en *A Theory of Justice* elabora su argumento sub specie aeternitatis, el reconocimiento de lo político en *Political Liberalism* demuestra una actitud más realista y significa una acomodación argumentativa a las circunstancias históricas de la modernidad, y en particular, a las nociones de democracia y civilidad implícitas en la cultura [...] Rawls reconoce ahora que su teoría de la justicia como equidad es una teoría moral razonable y comprehensiva que compite con otras teorías morales igualmente razonables y comprehensivas, como el utilitarismo por ejemplo. Esto es lo típico de sociedades democráticas modernas que se caracterizan no sólo por un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales comprehensivas, sino por un pluralismo de doctrinas incompatibles pero razonables”²⁰⁶.

4. VISIÓN CRÍTICA DEL LIBERALISMO IGUALITARIO

A continuación atenderemos a las críticas más acuciosas que se han pronunciado sobre la obra de John Rawls, las que le apuntan como una “teoría incapaz de satisfacer plenamente su promesa igualitaria”, y como permiten al tiempo, sopesar racionalmente los alcances que tiene y ha tenido la teoría de la justicia formulada por el autor.

Las objeciones sobre las cuales recaerá tal análisis, son:

4.1 Paul Ricoeur y las perspectivas de la hermenéutica

La pregunta que Paul Ricoeur se hace, sobre la conceptualización rawlsiana de la justicia, es la que da pie para dos argumentaciones conexas. Tal cuestionamiento es: “¿Se puede sustituir el fundamento

²⁰⁶ CRISTI, R. “La crítica comunitaria a la moral Liberal”. *Revista de estudios públicos*, 69 (Verano, 1998). p. 59.

ético de la justicia por una concepción puramente procesal?”. Ricoeur afirma que “una concepción procesal de la justicia brinda a lo sumo una racionalización de un sentido de la justicia que siempre se da por supuesto”²⁰⁷.

La primera crítica es de carácter formal y se descompone en dos tramos, a saber:

1) a) Primer tramo: Si consideramos el “orden de razones” planteado por Rawls en *A theory of Justice*, prevalecerá, no un orden léxico, – como el propio Rawls afirma– sino muy por el contrario un orden circular característico de toda reflexión ética, y no únicamente de una concepción particular de la justicia.

El fundamento de ello se encuentra en la ordenación metodológica propuesta por Rawls, según la cual, en primer término se definen los principios de justicia (§§ 11 y 12), antes de dejar explicitadas las circunstancias de la elección de tales principios (§§ 20 – 25), y en consecuencia antes del tratamiento del velo de ignorancia (§ 24). De modo tal que “de esta manera la teoría se plantea como un todo, independientemente de todo orden realmente serial que conlleve la formulación de los dos principios, la situación originaria, el velo de ignorancia y la elección racional”²⁰⁸.

Tal es la extrañeza del orden de razones planteado por Rawls, pues “por una parte, los principios de justicia son ampliamente definidos e interpretados antes de que se demuestre que estos serían los que se escogerían en el situación originaria; por otra parte, el acuerdo originario debe ser anticipado para que la formulación de los principios adquiera cierta pertinencia”²⁰⁹.

Rawls expone esta situación de la siguiente manera:

“Enunciaré ahora, de manera provisional, los dos principios de justicia respecto a los que creo que habría acuerdo en la posición original. La primera formulación de estos principios es sólo tentativa. A medida que avancemos consideraré varias formulaciones

²⁰⁷ RICOEUR, P. (1997). p. 85.

²⁰⁸ RICOEUR, P. (n. 168). p. 87.

²⁰⁹ *Ibidem*.

aproximándome paso a paso a la enunciación final que se dará mucho más adelante. Creo que el hacerlo así permitirá que la exposición proceda de manera natural”²¹⁰.

1) b) Segundo tramo: Ahora bien, antes del argumento del maximín, la definición de la justicia es sólo exploratoria; después del argumento del maximín, es definitiva. En consecuencia, no encaramos una argumentación lineal sino claramente progresiva de la comprensión apriorística de aquello que significa la justicia”²¹¹.

2) Lo anterior nos lleva al argumento principal, a saber, que “la definición procesal de la justicia”²¹² no constituye una teoría independiente, sino que reposa en una comprensión apriorística que nos permite definir e interpretar a los dos principios de la justicia antes que podamos demostrar –siempre que alguna vez lo hagamos– que dichos principios serían escogidos en la situación original, es decir, sin el velo de ignorancia”²¹³.

4.2 Ronald Dworkin

4.2.1 Coincidencias y Diferencias críticas

Para Ronald Dworkin, una concepción liberal igualitaria de la justicia necesita descansar sobre cuatro ideas básicas [las que en todo caso resultan bastante cercanas a lo planteado por el propio Rawls]:

A. Igualdad en las circunstancias personales

“El liberalismo igualitario debe distinguir entre la ‘personalidad’ y las ‘circunstancias’ que rodea a cada ciudadano representativo de derechos. Así, el objetivo dispuesto debe ser, sustancialmente, el de igualar a las personas en sus circunstancias, permitiendo que los individuos se hagan responsables de los resultados de sus gustos y

²¹⁰ RAWLS, J. (n. 3). p. 67.

²¹¹ RICOEUR, Paul. (n. 168). p. 88.

²¹² RAWLS, J. (n. 3). p. 88.

²¹³ RICOEUR, P. (n. 168). p. 88.

ambiciones: si alguien situado en una posición de relativa igualdad con los demás decide, por ejemplo, emprender una acción muy arriesgada, conociendo las posibilidades de que la misma termine mal, entonces, en caso de un final desafortunado de la empresa, sólo él debe hacerse cargo del resultado obtenido. Del mismo modo, el Estado igualitario no podrá verse obligado a cargar con los “gustos caros” de quienes hayan cultivado este tipo de preferencias²¹⁴.

B. Igualdad en los recursos

Una adecuada concepción igualitaria debe rechazar, como métrica de la igualdad, el bienestar que pueda alcanzar cada uno. Para ello debemos considerar la noción de recursos, lo que nos permitirá señalar que la situación de las personas deberá evaluarse habida consideración de los recursos que posean y las razones por las cuales los poseen o carecen de los mismos, y no en el grado de satisfacción que puedan obtener de ellos. La oposición con Rawls se denota en cuanto a la consideración de los “bienes primarios”²¹⁵ entendidos como parámetro objetivo versus los recursos en el concepto de Dworkin. Además plantearse, según este autor, la justicia no es sólo una cuestión de recursos, sino una cuestión de recursos iguales²¹⁶.

C. La tolerancia

Para Dworkin, un Estado igualitario debe ser neutral en materia ética, no debiendo prohibir o recompensar ninguna actividad privada sobre la base de que alguna concepción ética resulta superior o inferior a los demás. Aquí existe una nueva coincidencia con Rawls, en cuanto defensa de la neutralidad estatal, implícita en el primer principio de Igual – Libertad.

²¹⁴ Cfr. WILKINSON, T. M. “Against Dworkin’s Endorsement Constraint”. *Utilitas*. Vol 15, Nº 2. July 2003. Edinburgh University Press. 2003.

²¹⁵ “Los bienes sociales primarios, presentados en amplias categorías, son derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingresos y riquezas”. En RAWLS, J. (n. 3). p. 95.

²¹⁶ RICOEUR, P. (n. 168) p. 88.

Por el contrario, para Rawls, “lo correcto” tendrá prioridad sobre “lo bueno”, razón por lo cual el Estado debe mantenerse neutral respecto de los distintos ideales de excelencia humana que sostengan los distintos ciudadanos, más allá del número que apoye tal o cual idea.

Por lo dicho, aparecen con claridad los puntos de coincidencias entre Rawls y Dworkin, en tanto convicciones de un liberalismo igualitario, basado en el núcleo de una teoría de la justicia.

Ahora bien, podemos señalar con Gargarella, que “la primera y fundamental distinción entre ambas visiones tiene que ver con los alcances de la teoría de la justicia propuesta por Rawls. En el mismo sentido, y para Dworkin, dicha teoría de la justicia resulta demasiado insensible a las ambiciones de cada uno²¹⁷”.

Dicho más estrictamente, los principios de justicia dan lugar a que algunas personas resulten desaventajadas por circunstancias que no controlan, precisamente porque *A Theory of Justice* define la posición de los que están peor en términos de la posesión de bienes primarios de tipo social y no en términos de bienes primarios de tipo natural.

Además, “Dworkin acepta que el objetivo de ser sensible a la ambición e insensible a la cualidades motiva el principio de diferencia de Rawls. Pero piensa que un esquema distributivo diferente, conforme a aquel ideal, puede prestar un mejor servicio”²¹⁸. Esto puede ser explicado de la siguiente manera: Los principios de justicia planteados por Rawls, dan 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 –V.gr., derechos, oportunidades, riqueza, etc.– “y no en términos de bienes primarios de tipo natural –p. ej., talentos, capacidades mentales o físicas–. 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 la justicia– mejor que esta última,

²¹⁷ GARGARELLA, R. (n. 36). p. 72.

²¹⁸ KYMLICKA, W (n. 38). p. 90.

aun cuando sus mayores ingresos no le resultaren suficientes para pagar las medicinas que requiere debido a sus desventajas naturales”²¹⁹.

Por lo demás, es cierto que en el esquema rawlsiano, la aplicación del principio de diferencia evita que los discapacitados reciban menos bienes sociales debido a la mera circunstancia de sus incapacidades: las desigualdades sociales son compensadas, y las desigualdades naturales no influyen en la distribución”.

Con esto, Dworkin alude a que la teoría de la justicia de Rawls, no es suficientemente sensible a la ambición, pues “las desigualdades sociales pueden resultar aceptables sólo si operan en beneficio de los que están peor. Sin embargo, adviértase lo que ocurre en el siguiente caso: imaginemos que tenemos frente a nosotros a dos personas, dotadas ambas de talentos y recursos materiales. Supongamos que una de tales personas trabaja muy duramente, y así logra incrementar su dotación inicial, mientras que la otra prefiere trabajar mucho menos que la primera, y usar todos sus ahorros en actividades de consumo. Como resultado de la *Teoría de la justicia* de Rawls, si la segunda persona no termina siendo beneficiada por las desigualdades creadas a partir del mayor trabajo de la primera, luego, el gobierno debe imponerle un impuesto y transferirle, a la segunda, parte de las ganancias que aquella creó”²²⁰.

Esta solución, para Dworkin, resulta demasiado insensible la ambición, pues permite que la segunda personas desarrolle su plan de vida de manera más consumista, pero no permite que la primera disfrute del ingreso extra generado por su mayor trabajo.

Frente a ello, Dworkin confecciona un modelo que permitiría, corregir estas problemáticas. “Su modelo ideal, consiste básicamente en dos partes: La primera de ellas, corresponde la realización de una subasta hipotética, en la cual cada participante comienza con un idéntico poder adquisitivo.

Ahora bien, mediante esta subasta, la sociedad pone a disposición del público todos sus recursos.

²¹⁹ Ibídem., p. 71.

²²⁰ GARGARELLA, R. (n. 36). p. 72.

De esta forma, según Dworkin, existen dos tipos fundamentales de recursos: los recursos personales (que incluyen, por ejemplo, las habilidades físicas y mentales, la salud, etc); y los recursos impersonales (tierra, maquinarias, etc.). En la subasta, como es obvio, sólo se ponen a remate recursos impersonales ya que, los recursos personales no pueden ponerse a disposición del público. La subasta comienza entonces, con personas que tienen iguales posibilidades de adquirir los recursos impersonales que prefieren. Y concluye cuando cada participante queda satisfecho con el manajo de recursos que adquirió, y no prefiere el conjunto de los recursos adquiridos por algún otro participante. Cuando llega a este estadio, se entiende que queda satisfecho aquello que Dworkin denomina el “test de la envidia”.

En consecuencia se asigna a las distintas personas una porción adicional e igual de medio para la adquisición de bienes, con el fin de poder perseguir el plan de vida que cada uno de ellos ha elegido.

El segundo aspecto, previo y más importante, estriba en la contratación de seguros, para hacer frente a eventuales desventajas futuras seguidas, fundamentalmente, a partir de las diferentes capacidades con las que las personas nacen dotadas. De este modo, los individuos pueden enfrentar aquellos problemas que no pudieron ser resueltos a partir de la mencionada subasta²²¹.

Así, la propuesta de Dworkin, procura cubrir aspectos que aparentemente eran tratados de un modo inadecuado en la propuesta rawlsiana. Según Dworkin, el esquema de “subasta + seguros” permite corregir de modo correcto los efectos de la mala fortuna sobre la vida de cada uno, solucionando las diferencias que eran incompatibles con la propuesta de Rawls.

4.3 Amartya Sen

4.3.1 Crítica a John Rawls y Ronald Dworkin

De acuerdo con el enfoque de Amartya Sen, una propuesta igualitaria aceptable no debería concentrarse en la igualdad de bienes primarios, como ocurre en el caso de Rawls, ni en la igualdad de recursos,

²²¹ *Ibidem.*, p. 73-74.

como ocurre en el caso de Dworkin. Dicho análisis, tampoco debería focalizarse en la utilidad obtenida por alguien con estos recursos o bienes primarios, lo que debería tomarse en cuenta, en cambio, es algo “posterior” a la tenencia de tales recursos, pero anterior a la obtención de utilidad, como puede serlo, como por ejemplo el nivel nutricional de cada persona.

En efecto, la igualdad buscada debería darse más bien, en la capacidad de cada sujeto para convertir o transformar esos recursos en libertades. Todo lo cual puede resultar, por ejemplo de un metabolismo diferente, o de vivir en contextos climáticos diferente.

Por otra parte, Sen considera que enfoques como los de Rawls o Dworkin, se encuentran afectados de fetichismo sobre la idea de bienes a la que recurren. Este fetichismo los lleva a preocuparse exclusivamente por ciertos bienes, con exclusión de lo que tales bienes implican sobre los distintos individuos, o dicho de otro modo, implica, concentrarse sólo en los medios para conseguir libertades y descuidar nuestras diferencias en el posible aprovechamiento de tales medios.

Sin embargo y curiosamente, este “fetichismo”, no constituye un mal que afecte aquellas posturas preocupadas por los “estado finales” de las personas como el utilitarismo, dado que ellas sí se preocupan de qué es lo que los bienes en cuestión provocan sobre distintos individuos. El problema para Sen, estriba en que estas doctrinas toman como métrica la utilidad final obtenida por una determinada persona, lo cual implica concentrarse, indebidamente, en la reacción mental del individuo, lo que representa un error dado que las personas pueden ajustar sus expectativas a su condición.

4.4 Gerald Cohen

4.4.1 Crítica radical al liberalismo de Rawls

Según Cohen, la teoría de Rawls²²², en virtud de del principio de diferencia, autoriza que aquellos naturalmente más aventajados obtengan ventajas adicionales, como compensaciones económicas en forma

²²² Cfr. COHEN, G. “Libertad y Dinero”. Revista de estudios públicos, 80 (Primavera, 2000).

de incentivos, en la medida en que dispongan de su talento para la realización de tareas que favorezcan, especialmente, a los sectores más desaventajados de la sociedad.

Así, dentro del esquema rawlsiano, estos incentivos son necesarios, simplemente, porque los más favorecidos nos e encuentran comprometidos con la teoría de la justicia que toman como punto de partida.

Más aún, en opinión de Cohen, el otorgamiento de tales ventajas económicas implica ceder directamente al chantaje de los más poderosos, algo que debería estar prohibido bajo la concepción examinada. Lo que resulta peor, ahora, se justifica tal tipo de desigualdades en nombre de la justicia.

Para explicar su posición, Cohen parte de una posible presentación de la visión rawlsiana en dos etapas, a saber:

- La primera de ellas, se llega a una situación de igualdad después de haber compensado las desventajas provenientes de hechos moralmente arbitrarios: las instituciones no permiten que nadie sea beneficiado por cuestiones de las que cada uno es responsable, y que en definitiva no dependen de gustos y elecciones de cada persona²²³.
- En la segunda parte, en cambio, se pasa de aquella situación de igualdad a otra de desigualdad, pero que conforme al **óptimo de pareto**, se acepta que los más aventajados naturalmente obtengan beneficios mayores²²⁴. En efecto se les otorga más ventajas a los naturalmente más favorecidos, bajo la condición de que entrenen sus habilidades innatas y las usen de forma tal que contribuyan con la suerte de los más desaventajados.

Esta segunda etapa resultaría inconsistente con la primera, ya que implica recompensar a algunos por factores moralmente arbitrarios, factores que en la primera etapa se había decidido neutralizar.

²²³ Cfr. SARLO, O. "Supuestos de teoría jurídica en John Rawls". "John Rawls. Estudios en su memoria". Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

²²⁴ COHEN, G. (n. 225). p. 230.

CONCLUSIONES

La teoría de la justicia planteada por John Rawls (1921-†2002), constituye la última etapa de una larga evolución en el contenido del liberalismo, que se inicia con una noción más restringida ejemplificada por Locke, y continuada actualmente –entre otros– por Robert Nozick (†2003), la cual se centra en la libertad personal y igualdad política.

Tal evolución, ha obedecido sobre todo al reconocimiento de la importancia de las estructuras sociales y económicas, al igual que de las instituciones políticas y jurídicas, en el proceso de moldear la vida de las personas, y a la aceptación gradual de la responsabilidad social debida por sus efectos. Lo que ha conducido a ello es, como hemos visto, el reconocimiento de que una sociedad puede imponer desigualdades de estatus a sus miembros de distintas maneras además de explicitarlas legalmente, siempre que ello constituya una erogación de un acto de justicia plenamente justificado, de acuerdo a la funcionalidad práctica de los principios que esa sociedad ha elegido.

En otras palabras, lo que John Rawls ha hecho es combinar los muy sólidos principios de la igualdad social, con los igualmente sólidos principios de tolerancia pluralista y libertad personal, comúnmente asociados al liberalismo estadounidense, y más estrictamente a la tradición contractual y constitucional de occidente.

El resultado pues, verificado en su teoría de la justicia, es desde cualquier perspectiva, una concepción política-pública de aquello que una sociedad democrática, lejos de la utopía de una sociedad bien ordenada, que considera tanto, la estructura básica de la sociedad, –noción desde la cual arranca– como la noción de igual libertad, –en el caso de la posición original– y la idea de una justa distribución de recursos efectuados por las instituciones de la sociedad, conforme a los principios de justicia que son dables tener por reconocidos y aceptados, teniendo a la vista esa misma posición representativa de igualdad inicial, más aún en relación a la segunda parte del segundo principio, sede complementaria de la noción de igualdad que permite calificar de igualitaria su propuesta teórica, precisamente pues en virtudes este principio es que procede la aceptación de determinadas desigualdades

siempre que estas redunden en el beneficio de los menos favorecidos, permiten entonces colegir y constatar, que el esquema liberal rawlsiano, si bien, susceptible de mejoras conceptuales y metodológicas, es una propuesta, que desborda la calificación de suficiente, y que muy a pesar de las aseveraciones en contrario, resulta aplicable si se le estudia con cuidado y sin prejuicios.

La tesis del liberalismo igualitario, permite pues, explorar la estructura política con una ordenación que es propia de sus antecedentes kantianos, y por más formulaciones que se verifiquen en cuanto a sus formas y metodologías, aporta y constituye, prima facie, una rigurosa concepción de la justicia, que no desatiende la tradición filosófica y política que se desarrolló con anterioridad, más bien, implica una reformulación como queda claro en *Political Liberalism*, sobre que es aquello que debemos considerar justo en una sociedad democrática dotada de un orden constitucional.

Desde otro lado, y en sentido fuerte, podemos finalmente sostener que:

Primero: El Liberalismo de John Rawls, permite una interpretación realista de la sociedad, que consolida su ejercicio en principios que se encontraban ya subsumidos en el orden socio-jurídico establecido.

Segundo: Los principios de justicia aplicables por medio de elecciones racionales, redundan en una respuesta a las desigualdades económicas y sociales, sí y sólo si, las desigualdades de signo opuesto que pueden crear, redundan en el beneficio de los menos favorecidos en una sociedad democrática dotada de un régimen constitucional, de modo que, tanto la máxima de la igualdad como la libertad quedan amparadas, si bien, la ejecución sigue planteando cuestiones a resolver.

Con todo, se puedan consolidar respuestas de la mano de la constitucionalización de los principios, aunque tal afirmación no se estrictamente rawlsiana.

Tercero: Una teoría de la justicia, analizada conforme a lo anterior, es pues, una alternativa viable a todo utilitarismo y constituye el núcleo dogmático de toda filosofía política ulterior, no tanto en cuanto a la aquiescencia que pueda manifestarse por una u otra tendencia

iusfilosófica –como hemos visto–, sino en tanto en cuanto, a partir de su construcción se ha puesto de relieve la importancia real de la construcción de una sociedad justa, antes que legal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro V. Ed. Gredos. 1976.

AQUINO, SANTO TOMÁS. *Suma Teológica*.

BÁRBAROSH, E. “El liberalismo igualitario de John Rawls”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

BETEGON, J. “El liberalismo político y los límites de la razón pública. John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

BOBBIO, N. “Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política”. Editorial. Breviarios. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1994.

CARCOVA, C.A. “Justicia como Equidad o sociedad como conflicto”. (Una lectura crítica del liberalismo político). “John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

CELANO, B. “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”. *Revista Doxa*. N° 24. Buenos Aires. Argentina. 2001.

COHEN, G. “Libertad y Dinero”. *Revista de estudios públicos*, 80 (Primavera, 2000).

FIGUEROA, R. “La igualdad liberal. Un argumento en contra de la legislación moralista en Chile”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

FOLLESDAL, A. “Rawls in the Nordic Cultures”. *Arena Working Papers*. Oslo University Press. 2000.

GARGARELLA, R. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Editorial Paidós. Barcelona. 1999.

GARGARELLA, R. "John Rawls, "Political liberalism y sus críticos". *Revista Doxa*. N° 20. Bueno Aires, Argentina. 1997.

GARGARELLA, R. "Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoría". *Revista Doxa*. N° 19. Buenos Aires, Argentina. 1996.

GÓMEZ BARBOSA, P. "La propuesta ética de John Rawls en Teoría de la Justicia". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

GREPPI, A. "Límites a la razón pública en el Derecho". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

GUARIGLIO, O. "¿Podemos hablar de Justicia?". Ponencia expuesta en el día mundial de la filosofía de la UNESCO. 24 de Noviembre de 2005.

GUERRA, F.W.S. "Sobre la dimensión iusfilosófica del proceso". *Revista Doxa*. N° 21-II. Buenos Aires Argentina. 1998.

INCIARTE, F. "De un liberalismo metafísico a un liberalismo igualitario". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002

KANT, I. *Crítica de la Razón pura*. Tomos I y II. Editorial Sopena Argentina S.A. Buenos Aires. Cuarta edición 1961.

KYMLICKA, W. *Filosofía Política Contemporánea. Una Introducción*.1990.

MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. "La posición original como factor sorpresa". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

MORESO, J.J. "Derechos y Justicia Procesal Imperfecta". *Revista Doxa*. Año 1, núm. 1. 2000.

MONTERO, J. "¿Qué criterio de igualdad requiere una democracia deliberativa?". *Revista Diánoia*, volumen I, número 55 (noviembre 2005).

MORESO, J.J. Y MARTÍ, J.L. "La constitucionalización del principio de diferencia". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

NINO, C. "La justificación del Derecho y la obligación de obedecer el Derecho". *Filosofía del Derecho y democracia en América latina*.

NAGEL, T. "Rawls and Liberalism", en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge University Press, 2003). Traducido y reproducido con el permiso del autor y de Cambridge University Press. "Rawls y el liberalismo". En *Revista de Estudios Públicos*, 97 (Verano 2005).

NOZICK, R. "Justicia y orden socioeconómico. Teoría del Título posesorio". *Revista de estudios públicos*. Santiago de Chile. N° 26, 1987

PEÑA GONZÁLEZ, C. "Rawls: Equilibrio reflexivo, constructivismo y razón pública. El problema de la realidad y la justificación el filosofía política". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

PEÑA GONZÁLEZ, C. "La tesis del Consenso superpuesto y el debate liberal-comunitario". *Revista de Estudios Públicos*, 82 (otoño 2001).

PÉREZ TRIVIÑO, J.L. "La noción Rawlsiana de autorespeto". "John Rawls. Estudios en su memoria". *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

RAWLS, J. *A theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971 [2ª edic. revisada, Harvard Univ. Press, 1999] (hay traducción en Castellano: "Una teoría de la justicia", FCE, Madrid, 1979).

RAWLS, J. *Teoría la justicia*. Fondo de cultura económica. México. Ciudad de México, D.F. 1979.

RAWLS, J. *El liberalismo político*. Ed. Grijalbo Mondadori, S.A. Barcelona, España. 1996.

RAWLS, J. "The powers of citizens and their representation" ("Las capacidades del ciudadano y su representación"). Conferencia II, del libro del autor *Political liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993). Traducción del Centro de Estudios Públicos. Santiago de Chile. *Revista de Estudios Públicos*, 53 (verano 1994).

RAWLS, J. *Justicia como equidad. Una Reformulación*. Traducción de Andrés de Francisco, Barcelona, Piados, 2002.

RAWLS, J. "Distributive Justice", E.S. Phelps (ed.), *Economic Justice*, Penguin Books, Harmosndsworth & Baltimore, 1973. Refundición de los artículos

publicados en 1967 y 1968 con el mismo título. Traducción del Centro de estudios públicos. Santiago de Chile. *Revista de Estudios Públicos*, N° 24, 1986.

RICOEUR, P. *Lo justo*. Editorial jurídica de Chile, Santiago. 1997.

RODILLA, M.A.. “Coherencia, contrato, consenso- La estructura argumental de la Teoría de la Justicia de J. Rawls”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

RUSSEL, B. *Ensayos filosóficos. Elementos de Ética*. Editorial Atalaya. S.A. Barcelona, España. 1993.

SARLO, O. “Supuestos de teoría jurídica en John Rawls”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. *Revista de ciencias sociales*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.

SINGER, P. *Compendio de ética*. Versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil. Alianza editorial.1995.

SHAPIRO, I. “Elementos de la Justicia democrática”. *Revista Doxa*. N° 20. Buenos Aires Argentina. 1997.

SOLARI ALLIENDE, E. “El Estado Social de Derecho y su recepción en Chile”. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Valparaíso. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Valparaíso. 1993.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos* (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán). Editorial Trotta. Segunda edición. 2005.

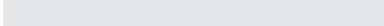
PLATÓN. *La República* (trad. José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza Editorial, Madrid 1990).

SQUELLA, A. *Un hombre fiero y justo*. Editorial. Breviarios. Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile. 2005.

WILKINSON, T.M. “Against Dworkin’s Endorsement Constraint”. *Utilitas*. Vol., 15, N° 2. July 2003. Edinburgh University Press. 2003.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.
En el mes de marzo de 2017

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel bond
de 70 grs. y la carátula y contracarátula en pasta dura.
Las fuentes tipográficas empleadas son Warnock pro en 11 puntos
en texto corrido y 13 puntos en títulos.



Dworkin promueve la opinión de que los jueces deciden los casos legales de acuerdo con la metodología de la interpretación constructiva y que, por lo tanto, en su respuesta a una cuestión judicial, los jueces se centran en ofrecer la mejor interpretación posible de la ley a la luz de los dos criterios de la idoneidad, con los últimos materiales judiciales y con solidez moral. El objetivo de esta labor de interpretación constructiva es justificar la coerción del Estado. Esto es clave para entender la crítica que Dworkin hace a los procesos de toma de decisiones judiciales basados en la norma por parte de los jueces. Una consecuencia trivial de esta opinión es que los funcionarios y los ciudadanos cumplen con la ley debido a la justificación que ha sido promovida por los jueces en el ejercicio de la interpretación constructiva. Consecuentemente, ni los funcionarios ni los ciudadanos cumplen con la ley ya que han sido obligados o simplemente porque se les ha dicho que lo hagan. Debe ponerse en duda, sin embargo, si la interpretación constructiva realmente puede proporcionar alguna orientación, ya que a los funcionarios y ciudadanos se les ha pedido que *accepten* la interpretación de la ley que ha sido presentada por los jueces y, podría decirse que, esta interpretación es la mejor interpretación posible de lo que la ley es en un caso particular.

ISBN: 978-958-8981-47-5



9 789588 981475